

«Endringer i konsulentkontrakter for bygge- og anleggsprosjekter inngått etter offentlig anbudskonkurranse»

Mastergradsoppgave for JUS399

Kandidatnr: 58203

Veileder: Erik Monsen (Det Juridiske Fakultet, UiB)

Til sammen 14350 ord

Innholdsfortegnelse

«Endringer i konsulentkontrakter for bygge- og anleggsprosjekter inngått etter offentlig anbudskonkurranse»	1
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstilling og plan for oppgaven	4
1.1.1 Bakgrunn	4
1.1.2 Rettslige problemstillinger	4
1.1.3 Opplegget videre	5
1.2 Konsulenter i bygge- og anleggsprosjekter	5
1.2.1 Konsulenter i byggeprosessen.....	5
1.2.2 Anskaffelsesprosessen og anskaffelsesformer.....	6
1.2.3 Kontraktsformer og standardkontrakter.....	7
1.2.4 Rådgivningskontrakters karakter	8
1.2.5 Konkurranses grunnlagets oppbygning og kontraktsdokumentenes betydning som tolkningsdata	9
1.3 Rettslig utgangspunkt og oppgavetekniske avgrensninger.....	10
1.3.1 Skillet mellom anbudsrett og kontraktsrett	10
1.3.2 Avgrensninger.....	10
1.3.3 Begrepsavklaringer	11
1.3.4 Endringsbegrepet og endringens karakter	12
1.4 Rettskildesituasjonen og metodisk tilnærming.....	13
1.4.1 Introduksjon og metodisk tilnærming.....	13
1.4.2 Preseptorisk lovgivning innenfor offentlig anbudsrett (anskaffelsesrett)	13
1.4.3 Lovgivning på kontraktsrettens område	14
1.4.4 Standardkontrakter	14
1.4.5 Rettspraksis	14
1.4.6 Avgjørelser fra EU-domstolen	15
1.4.7 Klagenemdpraksis.....	15
1.4.8 Juridisk teori	16
1.4.9 Andre rettskilder	16
2 Oppdragets omfang (endringsbegrepets indre grense).....	16
2.1 Introduksjon	16
2.2 Prestasjonsanalysen	17
2.2.1 Oversikt over tolkningsstandardene	17
2.2.2 Prinsipper for valg av tolkningsstandard og den faktiske referanserammen	18

2.2.3 Retningslinjer for tolkningsprosessen	21
2.2.4 Supplerende tolkningsregler	22
2.2.5 Utfylling av avtalen	23
2.3 Oppdragsgivers medvirkningsplikt og endringer knyttet til «plunder og heft»	24
3 Adgangen til endring i inngåtte konsulentkontrakter under regelverket for offentlige anskaffelser.	25
3.1 Introduksjon	25
3.2 Krav til kontraktbestemmelser om endring	26
3.2.1 Generelt.....	26
3.2.2 Krav om at endringen må ligge innenfor kontraktens endringsregime	26
3.2.3 Krav til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon.....	27
3.2.4 Krav til endringsbestemmelsens objektivitet	28
3.3 Vesentlighetskravet.....	28
3.3.1 Generelt.....	28
3.3.2 Grensene for kvalitative endringer i opprinnelig kontrakt.....	28
3.3.3 Grensene for kvantitative endringer – unntaket for tilleggstjenester	30
3.3.4 Grensene for endringer i fremdrift.....	32
3.3.5 Særlig om misligholdssituasjoner	32

1 Innledning

1.1 Problemstilling og plan for oppgaven

1.1.1 Bakgrunn

Under gjennomføringen av en kontrakt kan det oppstå behov for å endre kontraktens innhold. Dette gjelder særlig for kontrakter av lengre varighet eller der kontraktsytelsens kompleksitet gjør det vanskelig å fullstendig beskrive ytelsen ved kontraktsinngåelse. Bygge- og anleggskontrakter har gjerne varighet over flere år (gjør gjerne tiår hvis man inkluderer alle planfaser fra prosjektunntfangelse til overlevering) og mye kompleksitet knyttet til spenn i fagområder, grensesnitt mellom fagområder og koordinering i tid mellom fagområder. Rettsspørsmål knyttet til slike kontrakter hører vanligvis hjemme i entrepriseretten.

Imidlertid er det vesentlig større utfordringer knyttet til beskrivelsen av kontraktsytelsen når det gjelder prosjektets faser før entreprisen kommer inn i bildet. En entreprisekontrakt (med unntak av totalentrepriser) er vanligvis basert på en detaljert utførelsesbeskrivelse samt detaljerte arbeidstegninger. Svært ofte blir entreprisekontrakter inngått etter anbudskonkurranse, og denne anskaffelsesformen stiller store krav til nøyaktighet, entydighet og fullstendighet i utførelsesbeskrivelsen for å få entreprisen riktig pris og å unngå senere tvister. Dette kontraktsgrunnlaget har byggherren ofte ikke kapasitet eller kompetanse til å utforme selv, og da er løsningen ofte å kjøpe inn konsulenttenester for utarbeidelse av denne utførelsesbeskrivelsen.

Det har etter hvert blitt mer vanlig å kjøpe inn også konsulenttenester gjennom anbudskonkurranse, men det varierer i hvilken grad tjenesten egner seg for honorering etter medgått tid eller til fastpris¹. Spørsmålet om endringer i *kontraktsytelsen* vil først og fremst være fremtredende der kontrakten er basert på fastpris, selv om andre typer endringer kan være vel så relevant for kontrakter med honorering etter medgått tid. Vanligvis kan nødvendigheten av endringer møtes med at partene avtaler en endring i kontrakten² uten at endringen har konsekvenser utover de rent privatrettslige. For offentlige byggherrer stiller det seg noe annerledes, da disse må forholde seg til regelverket for offentlige anskaffelser. Anskaffelseslovens³ § 5 stiller blant annet krav om at offentlige anskaffelser så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Etter omstendighetene kan en endring av inngått kontrakt være så omfattende at man i realiteten står overfor en ny kontrakt. Konkurrans prinsippet tilsier da at det må gjennomføres en ny konkurranse.

1.1.2 Rettslige problemstillinger

Oppgavens tittel er «Endringer i konsulentkontrakter for bygge- og anleggsprosjekter inngått etter offentlig anbudskonkurranse». De rettslige problemstillingene denne tittelen åpner for å drøfte er omfattende, men formålet med oppgaven er først og fremst å drøfte to hovedproblemstillinger, den ene kontraktsrettslig og den andre konkurranserettslig. Den første er spørsmålet om hva som konstituerer en endring i et kontraktsforhold mellom en byggherre og en konsulent, dvs. antitesen til spørsmålet om hva kontrakten omfatter. Siden dette er et spørsmål som utelukkende kan besvares i relasjon til en konkret kontrakt, vil drøftelsen her være fokusert på en gjennomgang av de rettslige prinsippene man skal ta utgangspunkt i ved fastlegging av den opprinnelige kontraktsytelsen, eller

¹ Se nedenfor i 1.2.3

² Ved bruk av NS 8401 er det både formkrav og prosessuelle krav til hvordan dette skal skje.

³ Lov 16.juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

rettere sagt status på kontraktytelsen på endringstidspunktet⁴. Her vil tolkning og utfylling av kontrakter være det sentrale. Den andre hovedproblemstillingen er spørsmålet om hvilke endringer man kan gjøre i kontrakter inngått etter offentlig anbudskonkurranse uten at det anses for inngåelse av en ny kontrakt.

1.1.3 Opplegget videre

I neste delkapittel tas det sikte på en fremstilling av de særlige faktiske forhold knyttet til offentlige anskaffelser av konsulenttjenester, slik som konsulentens rolle i byggeprosessen, kort om anskaffelsesprosessen og anskaffelsesformer, kontraktsformer og aktuelle standardkontrakter, konsulentkontraktens spesielle karakter, og konkurransegrunnlagets oppbygging og rolle som tolkningsdata. I 1.3 vil det rettslige utgangspunktet man har i skillet mellom anbudsrett og kontraktsrett kort beskrives. I tillegg vil det gjøres noen oppgavetekniske avgrensinger av hensyn til begrensninger i omfanget på oppgaven samt noen terminologiske avklaringer. I de to neste delkapitlene vil det redegjøres for henholdsvis endringsbegrepet/endingens karakter og rettskildebildet.

I kapittel 2 vil det først og fremst gjøres rede for prinsippene for fastlegging av kontraktsytelsens omfang, og dessuten betydningen av atferdsnormer knyttet til oppdragsgiver for omfanget av kontraktens forpliktelser som er nært beslektet med de formelle endringene. Kapittel 3 inneholder en drøftelse av adgangen til å foreta endringer i kontraktens realytelse der kontrakten er inngått etter offentlig anbudskonkurranse. Endringer i kontraktbetingelser eller kontraktens aktører vil ikke bli behandlet, med få unntak. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 4 komme med en oppsummering og noen avsluttende betraktninger rundt oppgavens tema.

1.2 Konsulenter i bygge- og anleggsprosjekter

1.2.1 Konsulenter i byggeprosessen

I et BA-prosjekt vil det vanligvis være et stort behov for en rekke ulike utrednings-, planleggings- eller prosjekteringstjenester. Disse tjenestene kan omfatte i hovedsak de tradisjonelle arkitekt- eller ingeniørtjenestene, men i den senere tid har blant annet en rekke offentlige krav til konsekvensanalyser og andre krav til dokumentasjon av et prosjekts ringvirkninger ført til en vesentlig utvidet faglig krets av slike konsulenttjenester. Også kommersielle krav til dokumentasjon av ikke-tekniske forhold til bruk i blant annet markedsføring, kost/nytte-vurderinger og påvirkning av offentlige beslutningstakere har medvirket til denne utviklingen.

Konsulenttjenestene består i å formgi, beregne, tegne, måle, analysere, modellere/simulere, visualisere, kontrollere etc. alle forhold knyttet til bygget eller anlegget, samt dets omgivelser og grensesnitt mot samfunn/miljø/brukere. Også fagfelt innen samfunnsvitenskap/humaniora utover de tradisjonelle som økonomi og jus har etter hvert blitt mer vanlig å inkludere i mange prosjekter (arkitekturpsykologi, arkeologi mm.). De konkrete behov for de enkelte konsulenttjenester vil bero på hvilket stadium prosjektet befinner seg. De typiske utredningsoppgavene er gjerne knyttet til de tidlige fasene i et BA-prosjekt, miljø- og grunnundersøkelser samt reguleringsplanlegging og overordnet formgivning og programmering er knyttet til mellomfasene, og detaljprosjektering hører til i de siste fasene før entreprisen starter. Hvilken fase prosjektet befinner seg i, og hvilket type

⁴ Se Kvissler & Nyland s. 18

oppdrag det er snakk om, vil også ha betydning for byggherrens mulighet til å beskrive konsulentens kontraktsforpliktelse utfyllende.

1.2.2 Anskaffelsesprosessen og anskaffelsesformer

Anskaffelsesprosessen i offentlige virksomheter⁵ har mange likhetstrekk med de standardiserte reglene for private anbudskonkurranser⁶, men utvalget som forberedte anskaffelsesloven fant det lite hensiktsmessig eller ønskelig med en fortsatt henvisning til (dagjeldende, men under revisjon) NS 3400 i det statlige anskaffelsesregelverket⁷. Årsaken hadde sin bakgrunn noe forskjellige grunnhensyn, avvikende begrepsbruk mellom standarden og gjeldende EØS-forskrifter, statens manglende kontroll med endringer i standarden, og dessuten at standarden(e) er ment for bygg- og anleggsanskaffelser mens reglene om offentlige anskaffelser skulle dekke alle⁸ typer vare- og tjenestekjøp⁹. Både utvalgets utkast og den endelige lov og forskrift bygger til dels på NS 3400/NS 8400 for begrenset og åpen anbudskonkurranse, og på NS 8410 for anbudskonkurranse med forhandlet prosedyre. Videre er disse standardene søkt harmonisert med tidligere regelverket for offentlige anskaffelser. Forskriften er imidlertid vesentlig mer omfattende, blant annet med særlige formkrav, regler om terskelverdier, kunngjøringsregler og mer detaljerte prosedyrekrav til gjennomføringen av konkurransen. Det ligger utenfor denne oppgavens tema å gå gjennom disse her.

Lovlige anskaffelsesformer (prosedyrer) er listet opp i forskriftens § 4-2, og for kjøp av konsulenttjenester i bygge- og anleggsprosjekter vil neppe e) dynamisk innkjøpsordning¹⁰ og h) elektronisk auksjon¹¹ være aktuelle. Plan- og designkonkurranser etter forskriftens kapittel 23, jfr. § 4-2 g) skiller seg lite fra reglene om åpen eller begrenset anbudskonkurranse med unntak av prosedyrer og kriterier for valg av kontrahent¹². Åpen og begrenset anbudskonkurranse er hovedregelen for offentlige anskaffelser og tillatt uavhengig av kontraktens antatte verdi (jfr. forskriftens § 5-1 og § 14-1 (1)), og prosedyren konkurranse med forhandling kan brukes for oppdrag under EØS-terskelverdiene i § 2-2. For oppdrag over EØS-terskelverdiene kan man på visse vilkår bruke anskaffelsesformene konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling med/uten forutgående kunngjøring, se forskriftens kapittel 14.

En åpen anbudskonkurranse tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud, men tillater ikke forhandling. En begrenset anbudskonkurranse tillater bare de leverandører som er invitert av oppdragsgiver å gi tilbud, men tillater ikke forhandling. Konkurransepreget dialog er en anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver i en eller flere runder fører en dialog med leverandører

⁵ I grove trekk oppdragsgivere som er statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter, offentligrettslige organer og virksomheter, samt sammenslutninger dannet av en eller flere av disse, og på byggeprosjekter hvor det offentlige direkte subsidierer prosjektene med mer enn 50 prosent, jfr. forskriftens § 1-2

⁶ NS 8400 og NS 8410 for henholdsvis åpen/begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling

⁷ NOU 1997:21 kap. 19.3.1

⁸ Med de unntak som er listet opp i forskrift om offentlige anskaffelser (FOR 7. april 2006 nr. 402) § 1-3 (2) og (3)

⁹ Med unntak av oppdragsgivere som er omfattet av forsyningsforskriften (FOR 7. april 2006 nr. 403), jfr. FOR 7. april 2006 nr. 402, § 1-2 (4)

¹⁰ En slik prosedyre er lite egnet for annet enn generiske varer og tjenester som helt entydig og fullstendig kan beskrives i konkurransegrunnlaget

¹¹ Slike anskaffelser er også eksplisitt unntatt for denne prosedyren

¹² Er det i konkurransegrunnlaget bestemt at det kan kåres flere vinnere, kan imidlertid kontrahent velges etter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jfr. forskriftens § 14-3 i)

om alternative løsninger før det gis konkurrerende tilbud. Ved konkurranse med forhandling har oppdragsgiver adgang til å forhandle med en eller flere leverandører. I prinsippet gjelder de samme reglene for rammeavtaler som for enkeltoppdrag, jfr. kapittel 6 og 15 i forskriften, men i praksis vil det være åpen eller begrenset anbudskonkurranse som er anvendelig for denne type anskaffelser.

1.2.3 Kontraktsformer og standardkontrakter

Av anskaffelsesforskriften § 3-11 (1) følger det at «Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av kontrakter». Bestemmelsen er i praksis kun forstått som en «ordensforskrift»¹³, jf. KOFA 2003/138, der det er påpekt at verken lovens eller forskriftens formål er å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått. § 3-11 (1) er således en unntaksbestemmelse. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser viser imidlertid til en uttalelse i forarbeidene (Ot.Prp. nr. 71 (1997-1998) s. 44) om «...at statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår»¹⁴. Selv om bestemmelsen skal forstås som en ordensforskrift, inneholder den altså en sterk oppfordring (i hvert fall til statlige oppdragsgivere) om å bruke slike standardkontrakter, og vil trolig bidra til at slike kontraktsstandarder benyttes der de egnet.

Bygge- og anleggsbransjen har utformet flere balanserte standardkontrakter til bruk for innkjøp av konsulenttjenester (NS 8401 for prosjekteringsoppdrag basert på fast pris, NS 8402 for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid, og NS 8403 for byggelederoppdrag), og disse har i stor utstrekning blitt brukt både av private og offentlige oppdragsgivere siden de ble vedtatt i 2000 for de to førstnevnte vedkommende og i 2005 for sistnevnte, spesielt i den senere tid.

Anvendelsesområdet for de to standardene er angitt med to forskjellige kriterier. Bakgrunnen for dette er uenighet innad i komiteen som skulle revidere den eldre standarden NS 3403.

Oppdragsgiversiden var mest opptatt av å få to standarder basert på de mest praktiske vederlagsprinsippene, honorering etter medgått tid og fast pris. Rådgiversiden var mer opptatt av å få en standardkontrakt for prosjekteringsoppdrag, og én for andre rådgivningsoppdrag. At prosjekteringsoppdrag vanligvis burde inngås som fastprisoppdrag var imidlertid begge sider enig i, da slike oppdrag normalt er enklere å beskrive entydig og fullstendig¹⁵.

Etter ordlyden i begge standardene kan de brukes både i fastpriskontrakter og i kontrakter honorert etter medgått tid, jfr. NS 8401 punkt 15.1.1 og NS 8402 punkt 12.1, men NS 8401 er primært utarbeidet med tanke på fastpriskontrakter og har således en del bestemmelser med mest aktualitet for slike kontrakter. Dette gjelder først og fremst bestemmelser om oppdragets omfang, bestemmelser om kontraktsomlegging og bestemmelser om objektivt ansvar for forsinkelser¹⁶. Videre omfatter også NS 8401 også andre rådgivningstjenester enn prosjekteringstjenester, jfr. punkt 1 i standarden, og tittelen på standarden er derfor noe misvisende¹⁷. I kontrakter med et vesentlig fastpriselement vil det også være naturlig å bruke NS 8401.

¹³ Slik også Dragsten & Lindalen s. 669

¹⁴ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (Fornyings- og administrasjonsdepartementet) s. 131

¹⁵ Urbye s. 16-17

¹⁶ I NS 8402 er ansvarsgrunnlaget uaktsomhet

¹⁷ Urbye (s. 18) mener at NS 8401's bestemmelser om gruppekontrakter i punkt 5.5 og 5.6 bare er aktuelt for prosjekteringsoppdrag, men dette er nok en forenkling, jfr. punkt 1.2.1 ovenfor

Selv om offentlige oppdragsgivere som hovedregel skal bruke standardkontrakter, kan det ofte være behov for suppleringer, endringer eller tillegg i slike alminnelige kontraktsbestemmelser. Når § 3-11 (1) ikke innebærer en absolutt plikt til å bruke slike fremforhandlede og balanserte standardkontrakter, vil det si at det heller ikke er noe forbud mot å gjøre unntak fra de standardene oppdragsgiveren velger å bruke¹⁸, se bl.a. KOFA 2003/138. Det har imidlertid vist seg at offentlige innkjøpere med stor markedsmakt har hatt en tendens til å gå svært langt i å vri standardkontrakten mot ensidige og skjevbalanserte vilkår som ikke springer ut fra oppdragets art, men må tilskrives forhandlingsbalansen i markedet¹⁹. I KOFA 2007/109 er det uttalt at «... Klagenemda vil i praksis normalt ikke etterprøve om oppdragsgivers kontraktsvilkår er rimelige eller balanserte, og særlig ikke ut fra de føringer som er lagt til grunn i saker om bruk av avtalelovens § 36 i nærings- og forretningsmessige kontraktsforhold». Avgjørelsen viser bl.a. til Salhusbro-dommen (Rt. 1999 s. 922), der førstevoterende med tilslutning av rettens flertall uttalte «... Jeg ser det slik at en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighets betraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor» (s. 932)²⁰. Senere avgjørelser i Høyesterett har opprettholdt førstevoterendes avvisende holdning til bruk av lempningsregelen på forretningsmessige kontrakter, selv om disse avgjørelsene ikke avviser § 36 prinsipielt²¹.

1.2.4 Rådgivningskontrakters karakter

Det ligger i en rådgivningskontrakts natur at oppdragsbeskrivelsen vil ha preg av å være en formåls- eller rammebeskrivelse av oppdraget²², og i mange tilfeller materialisere seg i en slags funksjons- eller resultatbeskrivelse snarere enn en utførelsesbeskrivelse av oppdraget. Slik skiller konsulentkontrakter seg fra f.eks. entreprisekontrakter²³. Grad av fullstendighet på ytelsesbeskrivelsen vil også ofte ha betydning for valg av standardkontrakt, samt behovet for spesielle kontraktsbestemmelser utover standardkontrakten.

I hvilken grad ytelsesbeskrivelsen i slike kontrakter detaljeres vil bero på det enkelte prosjekt. På mange områder har man standardiserte beskrivelsestekster for de enkelte fagområder, både utarbeidet av de enkelte bransjeorganisasjonene²⁴ og Norsk Standard²⁵, samt større byggherrer²⁶. Dette gjelder ikke bare den egentlige prosjekteringen, men også for typiske utredningsarbeider innenfor miljø, kultur og samfunn. Veiledere²⁷ og retningslinjer²⁸ utarbeidet av sentrale myndigheter eller store byggherrer vil fungere på samme måte, og noen slike regnes som preseptorisk regelverk som f.eks. vegnormalene²⁹.

¹⁸ Dragsten & Lindalen s. 669

¹⁹ Krüger (2010) s. 118-119

²⁰ Uenigheten mellom flertallet og mindretallet gjaldt først og fremst hvorvidt rimelighetsvurdering etter avtalelovens §36 hadde erstattet relevansvurderingen etter læren om bristende forutsetninger

²¹ Se Krüger (2010) s. 120-121 med videre henvisninger

²² Kvisler & Nyland s. 19

²³ Totalentreprise kan imidlertid ha lignende oppdragsbeskrivelser

²⁴ F.eks. AY 2010, Arkitektfaglig ytelsesbeskrivelse, utgitt av Arkitektbedriftene i Norge

²⁵ Ensidig utformede beskrivelser er mindre problematisk enn kontraktsbestemmelser, da oppdragsgivere selv kan velge å bruke disse

²⁶ F.eks. NS 3420

²⁷ Se f.eks. Statens vegvesens håndbokserie

²⁸ F.eks. T-1459 «Grad av utnytting»

²⁹ F.eks. «Retningslinjer for støy i arealplanlegging» (T-1442)

³⁰ Jfr. FOR 2007-03-29 nr. 363, § 3

Den naturlige fremgangsmåten for de fleste oppdragsgivere vil derfor være å la aktuelle standardbeskrivelser inngå i konkurransegrunnlaget/kontrakten og i tillegg beskrive formål og resultat/funksjon særskilt. I tillegg vil det være vanlig å utforme denne overordnede beskrivelsen av oppdraget i form av prosesser eller poster som skal prises særskilt. Disse kan være knyttet til bl.a. prosjektets faseinndeling, fagområder eller fysiske deler av bygge- eller anleggsprosjektet, eller en kombinasjon av disse. Dette kan begrunnes i behovet for økonomisk eller faglig styring av oppdraget, forenklet administrasjon av eventuelle senere kontraktsomlegginger, og f.eks. ønske om å bruke en kombinasjon av fastprisposter og poster med honorering etter medgått tid. Sistnevnte alternativ kan ha sin bakgrunn i at enkelte deler av oppdraget vanskelig kan beskrives fullstendig eller at det er områder der det er ønskelig med innovative løsninger eller nyutvikling som fastprisregimer ikke gir tilstrekkelig incitamenter for. På den måten kan man legge vekt på økonomisk styring i oppdraget samtidig som man ivaretar hensynet til dynamikk og utvikling i kontraktsforholdet der det er spesielle behov for det.

1.2.5 Konkurransegrunnlagets oppbygning og kontraktsdokumentenes betydning som tolkningsdata

Konkurransegrunnlaget i en offentlig anbudskonkurranse inneholder vanligvis i tillegg til utlysingsbrevet for konkurransen, henvisning til de generelle tilbudsreglene i forskrift for offentlige anskaffelser, henvisning til standardkontrakten (generelle kontraktsbestemmelser) og en generell beskrivelse av oppdraget, også en mer eller mindre detaljert kravspesifikasjon der diverse standardbeskrivelser kan inngå. Etter forholdene kan det også være aktuelt med spesielle tilbudsregler³¹ utover forskriftens anvisninger og spesielle kontraktsbestemmelser utover standardkontrakten. Noen offentlige byggherrer har utarbeidet egne versjoner av standardkontraktene³²³³, og da må denne også i sin helhet tas med i konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlaget vil i sin helhet være en del av kontrakten, sammen med konsulenten(e)s tilbud, eventuelt avtaledokument og standardkontrakt, samt eventuelle referater fra tilbudskonferanse-/befaring, skriftlige endringer i konkurransegrunnlaget og opplysninger oppdragsgiver gir på anmodning fra en mulig tilbyder i henhold til forskriftens § 8-2 og § 17-2. Dokumenthierarkiet fremgår av NS 8401 punkt 4.1 og NS 8402 punkt 3, hvis ikke andre regler er avtalt.

Disse dokumentene utgjør de primære tolkningsdata for fastlegging av kontraktens omfang, og i forhold til oppgavens tema er det de dokumentene som beskriver oppdragets omfang (oppdragsbeskrivelse og kravspesifikasjon med vedlegg), samt dokumenter som gir anvisninger for tolkning av realytelsens omfang eller gir materielle regler for utfylling av kontrakten, dvs. kontraktsbestemmelsene (se spesielt NS 8401 punkt 4 og NS 8401 punkt 9-11/NS 8402 punkt 4). Også kontraktsbestemmelser som fastlegger atferdsnormer for partene har en viss relevans for oppgaven (se NS 8401 punkt 7 og 14, samt NS 8402 punkt 6 og 11).

³¹ Disse kan ikke stå i motstrid til bestemmelsene i lov og forskrift

³² I slike tilfeller får disse mer karakter av ensidig utformede standardvilkår, og dette vil ha betydning for hvilke tolkningsstandarder som skal legges til grunn, se nedenfor i kap. 2.2

³³ De særlige problemene knyttet til slike "hjemmesnekrede" løsninger er behandlet av Knag s. 88 - 96

1.3 Rettslig utgangspunkt og oppgavetekniske avgrensninger

1.3.1 Skillet mellom anbudsjett og kontraktsrett

Anbudsrettens regler er til for å skape balanse mellom oppdragsgiveren og konsulentens interesser gjennom anbudskonkurranser. Oppdragsgiveren har mye å tjene på å innhente tilbud fra flere leverandører før det avgjøres hvem som skal få tildelt kontrakten. Prisene kan bli lavere og ved bruk av konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling kan løsningene bli bedre takket være konsulentenes fagkunnskap. Denne fordelene for oppdragsgiveren er en tilsvarende ulempe for leverandørene. De må bruke tid og resurser på å utarbeide eventuelle løsninger og tilbud, og gi priser som er konkurransedyktige. Som utgangspunkt kan ikke tilbydere som ikke vinner konkurransen kreve erstattet kostnadene ved å utarbeide tilbudet.

Anbudsregler regulerer i første rekke perioden fra anskaffelsesprosessen påbegynnes og frem til tidspunktet for kontraktsinngåelse. Dette er også utgangspunktet for offentlige anskaffelser³⁴. Det rettslige utgangspunktet er at når kontrakten først er opprettet, kan partene fritt endre denne, uhindret av anbudsprosedyren³⁵. Når kontrakt er inngått, er det kontraktsretten som gjelder. Kontraktsrettslige regler er til for å skape balanse mellom avtalepartene i hvert enkelt prosjekt, altså vanligvis et topartsforhold i motsetning til konkurransens flerpartsforhold. Skjæringspunktet for når rettslig bindende kontrakt er inngått når anskaffelsen skjer etter forskrift om offentlige anskaffelser er når den er signert av begge parter, jfr. anskaffelsesforskriften §§ 13-3 (1) og 22-3 (1).

Skillet mellom anbudsjettens regler og kontraktsrettens regler er imidlertid ikke helt rettlinjet³⁶. Selv om de fleste anbudsjettslige reglene klart bare får anvendelse så lenge konkurransen pågår, vil noen få anvendelse også etter at kontrakt er inngått. Dette gjelder i forhold til denne oppgavens problemstilling om offentlige oppdragsgiveres adgang til vesentlig å endre et oppdrag etter at kontrakt er tildelt, uten først å utlyse ny konkurranse. Vidtgående endringer i en inngått kontrakt vil i lys av konkurranseprinsippet kunne medføre at man i realiteten har en ny kontrakt, og denne må da følge forskriftens regler når den inngås³⁷.

1.3.2 Avgrensninger

Oppgavens tema gjelder konsulentkontrakter i bygge- og anleggskontrakter, og dette innebærer en avgrensning i forhold til andre typer konsulenttjenester, som IT-leveranser, vanlig økonomisk og juridisk rådgivning, organisasjonsutvikling og lignende. Tjenesten må være relevant for realiseringen av kontraktens egentlige gjenstand, nemlig det konkrete bygg eller anlegg. Videre dekker oppgaven bare kontrakter inngått etter anbudskonkurranse i samsvar med forskrift for offentlige anskaffelser. Kontrakter inngått etter privat anbudskonkurranse (på basis av NS 8400 e.l.) vil altså ikke behandles. Siden oppgavens problemstilling tilsier at den ene kontraktsparten normalt vil være et offentlig organ eller virksomhet³⁸, og konsulenter normalt er forretningsdrivende, vil det være naturlig å avgrense oppgaven til forretningsmessige kontraktsforhold. Videre vil bare hovedformen for offentlige

³⁴ NOU 1997:21 s. 24

³⁵ Krüger (1991) s. 123

³⁶ Kontraktsrettens regler har også betydning ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget fordi konkurransegrunnlaget ikke kan beskrive oppdraget løst fra de kontraktsvilkår og lover/forskrifter som senere skal gjelde mellom partene etter at kontrakt er inngått.

³⁷ Aasbrenn s. 6

³⁸ En privat aktør som utfører bygge- og anleggskontrakter subsidiert av det offentlige med 50 % etter forskriftens § 1-2 (3), vil normalt være en forretningsdrivende

anskaffelser – åpen anbudskonkurranse – bli behandlet, da langt de fleste konkurranser avholdes på den måten. Oppgavens omfang tillater heller ikke en grundig gjennomgang av de særlige omstendigheter som gjør seg gjeldende i forhold til de andre lovlige anskaffelsesformene.

Den nærmere avgrensingen av endringsbegrepet dekkes av kapittel 1.4, men det er først og fremst endringer i samsvar med endringsbestemmelsene i NS 8401 det vil fokuseres på. I

konsulentkontrakter der denne standardkontrakten ikke benyttes og endringsspørsmålet ellers ikke er regulert, vil bestemmelsene i NS 8401 likevel være en del av bakgrunnsretten. Det er imidlertid avgrensningen mot ytelser som allerede er omfattet av kontrakten på endringstidspunktet, dvs. endringsbegrepets indre grense³⁹ som skal behandles. Dvs. at oppdragsgiverens endringskompetanse (endringsbegrepets ytre grense) og endringsordresystemets prosessuelle regler, samt de ikke-konkurranserettslige virkningene av slike endringer, vil ikke behandles i denne oppgaven^{40,41}. Heller ikke endringer som ligger utenfor oppdragsgiverens endringskompetanse, altså frivillig avtalte endringer, vil falle innenfor oppgavens tema. Det skal dessuten neppe mye til før slike avtalte endringer regnes som vesentlig endring etter anskaffelsesreglene, da det er klart at partene faktisk inngår en ny avtale i en slik situasjon og spesielt sett i forhold til oppdragsgiverens ellers omfattende kompetanse til å pålegge endringer innenfor den samme kontrakten. I en særstilling er likevel konsulentens vederlagskrav og krav på fristforlengelse for «plunder og heft» i NS 8401 punkt 11.1.1 og 11.1.4. Slike krav kan være avledet av endringer etter NS 8401 punkt 10, og vil behandles nedenfor i kap. 2.3.

Som tidligere nevnt vil av plasshensyn ikke spørsmålene om endringer i kontraktens aktører bli behandlet, og heller ikke i særlig grad endring av kontraktens betingelser – hverken i kontraktsrettslig eller konkurranserettslig forstand. I kontrakten kan slike endringer gjennomføres uten ny avtale hvis den inneholder endringsklausuler som f.eks. prisreguleringsmekanismer eller vilkårsbaserte klausuler for endring av risikofordeling i kontrakten. I forhold til adgangen til å foreta slike endringer vil både endringer i medhold av slike klausuler og frivillig avtalte endringer i kontrakten etter omstendighetene også kunne karakteriseres som vesentlige endringer i kontrakten og dermed innebære en ny anskaffelse⁴². Virkningene av at endringen anses for å være en ny kontrakt etter anskaffelsesreglene vil heller ikke bli behandlet. Likeledes vil heller ikke irregulære (mislighold, ugyldighet, forutsetningssvikt) kontraktsrevisjoner eller kontraktsbortfall, samt deres konsekvenser, behandles.

1.3.3 Begrepsavklaringer

Jeg har i det foregående benyttet begrepene konsulent og leverandør, byggherre og oppdragsgiver, samt kontraktsytelse og kontraktens realytelse om hverandre. Det er derfor ikke ment å være noen terminologisk meningsforskjell i disse begrepsparene. Det kan selvsagt diskuteres hvorvidt kontraktsytelsen omfatter mer enn kontraktens realytelse, og ut fra en rent språklig forståelse kanskje også omfatte leverandørens kontraktsforpliktelser utover levering av realytelsen. Dette kan være f.eks. atferdsplikter, slike som samarbeidsplikt, lojalitetsplikt, omsorgsplikt og, taushetsplikt. Et

³⁹ Begrepet brukes av Barbo s. 51

⁴⁰ Kvisler & Nyland har en utførlig behandling av disse temaene

⁴¹ Disse spørsmålene har svært mange likhetstrekk med de tilsvarende entrepriserettslige spørsmålene, da endringsordresystemet i NS 8401 er inspirert av den tidligere entreprisestandarden NS 3430 og generelle entrepriserettslige prinsipper, se bl.a. Barbo (1997) og Kaasen (1988)

⁴² Se Aasbrenn kap. 5 og 6 for en gjennomgang av disse problemstillingene

eventuelt terminologisk skille har neppe betydning for denne oppgavens tema. Endringsbegrepet vil bli mer utførlig behandlet under.

1.3.4 Endringsbegrepet og endringens karakter

Rent språklig kan en endring i kontraktsforhold forstås som endring i kontraktsbetingelsene, endring i kontraktens hovedforpliktelse (dvs. kontraktens realytelse), eller endring i kontraktens sideforpliktelser (f.eks. krav til forsikring, taushetsplikt e.l.). I entrepriserettslig forstand er endringer innsnevret til å gjelde endringer byggherren har ensidig rett til å pålegge entreprenøren i dennes hovedforpliktelse, som skal korrespondere med byggherrens plikt til å betale eventuelt ytterligere vederlag (byggherrens hovedforpliktelse)⁴³. Dette skyldes nok fokuset på sammenhengen mellom entreprenøren og byggherrens balanserte rettigheter og plikter, samt de tilhørende prosessuelle reglene. Disse er svært like for konsulentkontrakter. Dette kalles også «formelle endringer», da de er knyttet opp mot endringsordresystemet⁴⁴. Motsetningsvis kalles endringer i kontraktsytelsen på grunn av endrede forhold for «funksjonelle endringer»⁴⁵. I en mellomstilling kommer de tidligere nevnte «plunder og heft»-forholdene.

Når det gjelder endringer tilknyttet realytelsen, kan dette være en kvantitativ endring av omfanget på kontraktsforpliktelsen, eller en kvalitativ endring av ytelsens karakter. I entrepriseretten har det tidligere vært operert med et skille mellom endrings- og tilleggsarbeider, men dette skillet har bl.a. av Barbo vært karakterisert som retts teknisk problematisk⁴⁶. I forhold til kontraktens endringssystem er det klart at en eventuell forskjell mellom endringer i ytelsens karakter og omfang har betydning hverken for endringskompetansen, prosessuelle spørsmål eller når det gjelder kontraktsmessige virkninger. Aasbrenn synes å mene at distinksjonen mellom endringer i ytelsens art (kvalitative endringer) og omfang (kvantitative endringer) heller ikke kan tillegges rettslig betydning i forhold til spørsmålet om adgangen til å foreta endringer etter forskrift om offentlige anskaffelser⁴⁷. I prinsippet er nok dette riktig, men rammene som er gitt i forskriftens §14-4 j) punkt 4 om tilleggstjenester gir likevel en indikasjon på at det under noen omstendigheter kan være snevrere rammer for endringer i ytelsens art. Videre vil det i denne oppgavens sammenheng ha betydning for vurderingen av når det har skjedd en mer vidtgående endring enn tillatt i kontrakter som honoreres etter medgått tid (først og fremst der NS 8402 benyttes), der «kvantitative» endringer i kontraktens ytelse er vanskelig å påvise grunnet lite presis avgrensning av kontraktens opprinnelige omfang.

For denne oppgavens tema der sammenhengen mellom kontraktsrettslige endringer og adgangen til endringer er i fokus, ville det i utgangspunktet ikke være grunnlag for å avgrense endringsbegrepet til det tradisjonelle entrepriserettslige, men oppgavens omfang tillater heller ikke en fullstendig behandling av alle typer endringer. Jeg har derfor valgt å konsentrere meg om de såkalte formelle endringene, men vil i tillegg ta for meg fremdriftsendringer og de såkalte «plunder og heft»-tilfellene.

Årsaken til denne avgrensningen er todelt. For det første har de sistnevnte «endringene» noe likeartede prosessuelle regler som de formelle endringene, med balanserte rettigheter og plikter og til dels de samme prosessformene for varsling. Dette skyldes nok at de materielle konsekvensene av slike endringer kan sammenlignes med tilsvarende for de formelle endringene, samt at det er grunn

⁴³ Barbo s. 44

⁴⁴ Se Barbo s. 363

⁴⁵ Op.cit.

⁴⁶ Barbo s. 46-49

⁴⁷ Aasbrenn s. 7

til å anta at det er slike forhold som i hovedsak er opphav til tvister. Tvister knyttet til endringer i kontraktens aktører forekommer selvsagt, men slike endringer er ikke så vanlige i denne type kontraktsforhold (konsulentkontrakter). For det andre er det grunn til å anta at endringer i kontraktens realytelse, samt honorar og fremdriftsendringer, er de endringene som skaper størst problemer i forhold til vurderingen av om det foreligger en ny kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand, selv om særlig endringer i kontraktens aktører som bærer preg av å omgå anskaffelsesreglene eller som bryter med grunnprinsippene for offentlige anskaffelser har vært slått ned på av EU-domstolen⁴⁸.

1.4 Rettskildesituasjonen og metodisk tilnærming

1.4.1 Introduksjon og metodisk tilnærming

Siden siktemålet med oppgaven er å kartlegge prinsippene for hva som karakteriseres som endringer av kontraktsytelsen i kontraktsforhold mellom offentlige oppdragsgivere og konsulenter i bygge- og anleggsprosjekt, samt skranker for slike endringer etter regelverket for offentlige anskaffelser, vil den metodiske tilnærmingen være todelt. For den første problemstillingen dreier det seg om en fremstilling av de grunnleggende prinsippene for tolkning og utfylling av kontraktens dokumenter med henblikk på å fastlegge omfanget av oppdragets omfang på tidspunktet for en endring.

Premissene for en slik fremstilling vil være at kontrakten er inngått ved offentlig anbudskonkurranse, at kontraktens parter benytter standardkontrakten NS 8401 eller NS 8402, og at kontrakten gjelder konsulenttjenester i bygge- og anleggsprosjekt. Videre vil fremstillingen av skrankene for slike endringer måtte baseres på en tolkning av bestemmelsene i forskrift for offentlige anskaffelser, med støtte i andre rettskilder. Jeg vil i det følgende gi en kort oversikt over rettskildesituasjonen for oppgavens problemstillinger samlet.

1.4.2 Preseptorisk lovgivning innenfor offentlig anbuadsrett (anskaffelsesrett)

Norge har forpliktet seg gjennom EØS-avtalen til å følge bestemte prosedyrer ved offentlige anskaffelser over bestemte verdier (terskelverdiene). Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 er en implementering av disse forpliktelsene i norsk lov. Loven inneholder noen få materielle regler, men er først og fremst en fullmaktslov. Lovens § 5 gir de grunnleggende krav for offentlige anskaffelser. Med hjemmel i § 11 er loven supplert med et svært detaljert forskriftsregime. For alle andre sektorer enn forsyningssektoren gjelder Forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2006-04-07-402). Loven og forskriften har også omfattende forarbeider. Forskriften er preseptorisk innenfor sitt virkeområde.

EU-kommisjonen fremsatte i 2011 et forslag til nytt direktiv for offentlige anskaffelser, der det i forslagets artikkel 72 er foreslått å delvis kodifisere, delvis videreutvikle, og i noen grad liberalisere reglene om adgang til å endre inngåtte kontrakter innenfor direktivets virkeområde. Kommisjonen legger opp til at de reviderte reglene skal gjelde i medlemsstatene senest 30. juni 2014⁴⁹. Først deretter vil de nye reglene gjennomføres i norsk rett. Kommisjonens forslag kan derfor gi en viss indikasjon på i hvilken retning regelverket beveger seg i nær fremtid.

⁴⁸ Se «Pressetext»-avgjørelsen (Sak C-454/06) og «Wall»-avgjørelsen (Sak C-91/08), særlig premiss 75 i sistnevnte avgjørelse

⁴⁹ Aasbrenn s. 16

1.4.3 Lovgivning på kontraktsrettens område

Det finnes ingen kontraktslovgivning spesielt for konsulentkontrakter, men enkelte bestemmelser i lover som kjøpsloven og avhendingsloven gir uttrykk for alminnelige kontraktsregler og vil således være en del av bakgrunnsretten. Videre vil avtalelovens bestemmelser ha en viss relevans som rettskildefaktor på enkelte områder.

1.4.4 Standardkontrakter

(1) NS 8401 og NS 8402

Standardkontraktene som ligger som premiss for oppgavens metodiske tilnærming, gir egne materielle regler for tolkning av kontraktens omfang (se NS 8401 punkt 4.2), samtidig som kontraktens bestemmelser i seg selv vil være en rettskilde og således gjenstand for tolkning.

(2) Andre standardkontrakter

Anbudsstandardene NS 8400 og NS 8410, samt deres forgjenger NS 3400 kan ha en viss rettskildemessig verdi for tolkningen av offentligrettslig anbudskonkurranse, men det må tas særskilt hensyn til de grunnleggende forskjellene mellom offentlige og private anbud. NS 3403, forgjengeren til NS 8401 og NS 8402, samt byggeleiderkontrakten NS 8403 som også er utledet av NS 3403, kan være mulige rettskildefaktorer for tolkningen av standardkontraktene for konsulenttjenester. Likeledes vil de forskjellige standardkontraktene for entrepriser NS 3430 for større entrepriser (nå NS 8405), NS 3431 for totalentrepriser (nå NS 8407), i tillegg til offshorekontraktene NTK 07, NF 07 og NIB samt deres opphav NF 87 og NF 92 ha en viss rettskildemessig relevans – først og fremst fordi de konkrete bestemmelsene er fortløpende inspirert av hverandre, spesielt når det gjelder utviklingen av endringsordresystemet.

Standardkontrakter som er særlig dominerende innenfor sitt område, og i tillegg lar sine prinsipper smitte over på andre standardkontrakter (som NS 3430 og etter hvert NS 8405) kan til en viss grad sies å gi uttrykk for deklatorisk rett, som bransjekutymen eller kontraktssedvanerett⁵⁰. Det er imidlertid gjennom rettspraksis disse andre standardkontraktene har størst betydning som rettskildefaktor.

1.4.5 Rettspraksis

Det er over 10 år siden NS 8401 og NS 8402 ble vedtatt, men det foreligger likevel svært liten rettspraksis knyttet til standardene, og – med unntak av en dom fra Borgarting som gjaldt fastlegging av kontraktsomfanget under NS 8402 gjennom tolkning av e-postkorrespondanse – ingen som gjelder endring i konsulentkontrakter. Derfor vil det meste av relevant rettspraksis være knyttet til de andre kontraktsstandardene nevnt ovenfor. I den grad slik praksis er egnet til å belyse bakgrunnsretten, vil den ha betydning for tolkningen av konsulentkontraktene.

I forhold til adgangen til endringer etter anskaffelsesreglene er det heller ingen rettsavgjørelser i overrettene som er relevante. Dette er imidlertid ikke så unaturlig, da disse spørsmålene gjerne dukker opp et stykke inn i relativt langvarige kontraktsforhold. Konkurrerende tilbydere mister fort interessen for utviklingen av et kontraktsforhold de ikke er part i, og vil derfor ha liten grunn til å gå til søksmål hvis terskelen for adgangen til endringer blir overskredet. Videre har konkurrerende tilbydere en alternativ klageadgang til Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) med vesentlig

⁵⁰ Se Eckhoff s. 252

lavere prosesskostnader, og dette vil sannsynligvis dempe villigheten til å gå til sivilt søksmål. KOFA-praksis som rettskilde behandles nedenfor.

1.4.6 Avgjørelser fra EU-domstolen

Ved anvendelsen av EØS-bestemmelser implementert i norsk lovgivning, skal disse så langt de er identisk med tilsvarende EU-regler «... fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser» som EU-domstolen har truffet før undertegningen av EØS-avtalen. Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd bare omfatter rettspraksis fra før undertegningen av EØS-avtalen, har HR gitt uttrykk for at også senere avgjørelser fra EU-domstolen «... vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet»⁵¹. Avgjørelser av EU-domstolen har altså stor relevans og vekt som rettskilde ved tolkning av norske bestemmelser med bakgrunn i EU-direktiver.

1.4.7 Klagenemdpraksis

(1) KOFA-avgjørelser

Siden de fleste beslutninger i en offentlig anskaffelsesprosess ikke er enkeltvedtak etter forvaltningsloven og denne lovens klagerett ikke kan benyttes, er det opprettet en egen offentlig klagenemd for offentlige anskaffelser som nevnt over i 1.4.5. Som nevnt ovenfor vil de lave prosesskostnadene gjøre at denne klagenemden vil bli foretrukket fremfor å gå direkte til sivilt søksmål, og dette gjør KOFA til det primære instrumentet for rettsenhet på området. Avgjørelsene har derfor i høyeste grad relevans som rettskildefaktor. Imidlertid er avgjørelsenes tyngde som rettskilde diskutabel. Faktorene som taler for å gi avgjørelsene en viss vekt, er først og fremst at avgjørelsene normalt legges til grunn av partene og andre aktører innretter seg etter KOFA's praksis på tross av at avgjørelsene bare rådgivende, jfr. FOR-2002-11-15-1288 § 1. KOFA kan imidlertid også ilegge overtredelsesgebyr, jfr. Klagenemdforskriftens § 1, siste punktum. Saksbehandlingen er imidlertid utelukkende skriftlig, og på grunn av den store saksmengden er mange avgjørelser knappe i begrunnelsene. En faktor som taler for å gi KOFA-avgjørelser en viss vekt er at nemden er satt sammen av jurister med særskilt kompetanse på området⁵².

Dansk klagenemdpraksis (tilsvarende KOFA i Norge) kan tjene som illustrasjonsmateriale, og kan dessuten ha en viss rettskildemessig betydning så langt avgjørelsene bygger på relevante og tungtveiende primærkilder som avgjørelser i EU-domstolen⁵³.

(2) BFJR

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd er et bransjeutvalg bestående 6 personer med forskjellig bakgrunn fra bransjen, hvorav vanligvis 2 jurister. Avgjørelsene til BFJR publiseres fortløpende både i bladet Byggeindustrien og på Gyldendal rettsdata (www.retsdata.no). Arbeidsformen og avgjørelsene er formet som betenkninger til konkrete henvendelser, og det foregår ingen bevisvurdering. Avgjørelsene har imidlertid en viss rettskildemessige relevans⁵⁴, da de blir publisert og er kjent i bransjen, samt at rådet bærer preg av å være et spesialistråd innenfor en avgrenset

⁵¹ Rt-1997-1954 på s. 1960

⁵² Se Aasbrenn s. 15 med videre henvisninger

⁵³ Aasbrenn s. 16

⁵⁴ Barbo s. 25

bransje. Avgjørelsens rettskildemessige vekt er imidlertid ikke større «... det som eventuelt kan bygges på argumentasjonens saklige tyngde»⁵⁵.

1.4.8 Juridisk teori

Det finnes lite norsk teori om konsulentkontraktene. Kommentaren til NS 8401 og NS 8402, skrevet av prosjektlederen for utarbeidelsen av disse standardene (Hans Jacob Urbye), er først og fremst en praktisk håndbok med små rettsvitenskaplige pretensjoner. Den er imidlertid også interessant fordi slike standarder ikke har publiserte forarbeider, og denne kommentaren er til en viss grad preget av forfatterens inngående kjennskap til dens tilblivelseshistorie. Ellers foreligger det et par studentoppgaver som fokuserer på konsulentkontrakter («konsulentens ytelse ved engineeringskontrakter i petroleumssektoren» av Bjørn Dæhlin fra 1986 og «NS 8401 – Det formelle endringsbegrepets indre og ytre grense, samt virkninger av formelle endringer» av Steffen Vestli Kvisler & Lars Ivar Nyland fra 2003). Når det gjelder bakgrunnsretten finnes det en omfattende juridisk teori, og spesielt teori knyttet til de andre norske standardkontraktene på entreprisområdet (se ovenfor i punkt 1.4.4) vil være relevant ved tolkningen av standardkontraktene for konsulentavtaler.

På den offentlige anbudsrettens område finnes der omfattende teori, men relativt lite når det gjelder spørsmålet om adgangen til å foreta endringer i inngåtte kontrakter. Det jeg har funnet begrenser seg til noen få artikler, samt en studentavhandling («Offentlige anskaffelser – Hvilke endringer kan vi gjøre i inngåtte kontrakter») fra 2011 av Gjermund Aasbrenn.

1.4.9 Andre rettskilder

Jeg har valgt å se bort fra voldgiftsavgjørelser som mulig rettskildefaktor i denne oppgaven, først og fremst på grunn av at slike avgjørelser er lite tilgjengelige, og dessuten at slike avgjørelser sjelden ivaretar hensynet til rettsenhet. Uansett ville andre av de nevnte rettskildene ha større vekt i en harmoniseringsprosess.

Internasjonale privatrettslige kodifiseringsforsøk som eksempelvis UNIDROIT Principles of international commercial contracts har neppe særlig stor rettskildemessig relevans eller vekt utover å illustrere en sammenfatning av rettsstilstanden i flere land på det privatrettslige området.

2 Oppdragets omfang (endringsbegrepets indre grense)

2.1 Introduksjon

Problemstillingen i dette kapittelet er hvordan man skal fastlegge omfanget av konsulentens kontraktsforpliktelse. Den må løses på bakgrunn av en analyse av kontraktens dokumenter sett opp i mot kontraktstypens egenart og de ytre rammebetingelsene for dens tilblivelse – også kalt en prestasjonsanalyse⁵⁶. Det er ikke alle deler av kontraktsforpliktelsen som er interessant i forhold til oppgavens tema, men først og fremst omfanget av kontraktens realytelse. Dette spørsmålet kan bare løses gjennom en tolkning og eventuell utfylling av partenes kontrakt, med utgangspunkt alminnelig avtaletolkning. Denne problemstillingen vil bli behandlet nedenfor, og deretter vil jeg ta for meg

⁵⁵ Krüger (1997) s. 8

⁵⁶ Krüger (1991) s. 129

endringer i kontraktsytelsen som har sitt opphav i oppdragsgiverens forhold eller risikofære, men som ikke er direkte knyttet til vedkommendes endringskompetanse.

Avtaletolkning styres av retningslinjer og normer utviklet gjennom rettspraksis og teori, og vil være naturlig å sammenfatte i en tolkningsmodell for å klargjøre de generelle prinsippene som skal legges til grunn for tolkning av en bestemt type avtaleforhold. Huser⁵⁷ snakker om 4 hovedvariabler i sin tolkningsmodell: Valg av tolkningsstandarter, den faktiske referanserammen, retningslinjer for tolkningsprosessen og supplerende tolkningsregler⁵⁸.

En tolkningsstandard bestemmer hvilken person eller ståsted den mening som tilordnes en partsytring skal referere seg til⁵⁹. Partsytringen kan ha karakter av hvilket som helst tolkningsobjekt, i dette tilfellet de enkelte bestanddelene av den inngåtte kontrakten som ikke er entydig og fullstendig. Valg av den faktiske referanserammen innebærer i praksis plassering av den valgte tolkningsstandards person i tid og sted⁶⁰. Hvordan disse to variablene velges kan karakteriseres som tolkningsprinsipper.

Retningslinjer for tolkningsprosessen kan være språklige, i form av normer for å utlede alminnelig eller kontekstuell forståelse av en bestemt språkbruk, eller juridiske. De juridiske retningslinjene er egentlig en rettsanvendelsesprosess der de relevante rettskildefaktorene avveies mot hverandre – en såkalt harmoniseringsprosess. De enkelte hensynenes relative vekt vil variere med de konkrete forhold⁶¹. De supplerende tolkningsreglene har til formål å løse situasjonen der retningslinjene ikke fører til et entydig resultat for tolkningen.

Bruk av den valgte tolkningsstandarden utgjør ikke nødvendigvis den innledende fasen i prestasjonsanalysen, siden det ofte vil være nødvendig å anvende en rekke av retningslinjene før man kan fastslå hvilken av de grunnleggende tolkningsstandardene som kommer til anvendelse⁶².

2.2 Prestasjonsanalysen

2.2.1 Oversikt over tolkningsstandardene

Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å kort beskrive de enkelte tolkningsstandardene. Listen under er ikke ment å være uttømmende, men representere de tolkningsstandarter som vil være mest aktuell i forhold til tolkning av en gjensidig forpliktende kontrakt.

(1) Den subjektive felles standard

Denne standarden er prinsippet om partenes felles forståelse. Hvis det er grunn til å anta at partene hadde en felles forståelse av oppdragets omfang da kontrakten ble inngått, eller rettere sagt på endringstidspunktet, må denne forståelsen legges til grunn uavhengig av hva andre forhold skulle tilsi. Standarden er lagt til grunn som hovedregel også i UNIDROIT principles art. 4.1 (1), «A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties».

⁵⁷ Huser s. 63

⁵⁸ Terminologien i juridisk teori er noe sprikende, men jeg har i hovedtrekk fulgt inndelingen til Huser i denn oppgaven

⁵⁹ Huser s. 64

⁶⁰ Huser s. 81

⁶¹ Huser s. 90

⁶² Kvisler & Nyland s. 25

(2) God tro-standarden

God tro-standarden er en individuell subjektiv standard der det velges mellom partenes faktiske meninger ved hjelp av et kvalifiserende tilleggs-kriterium, i dette tilfellet et god tro-kriterium. Det kan selvsagt formuleres andre individuelle subjektive standarder også (standarder som tar utgangspunkt i en av partenes ståsted for tolkningen), men slike er lite aktuell for tolkning av gjensidig forpliktende kontrakter som i dette tilfellet. Spørsmålet er om en av partene forsto eller burde forstått at medkontrahenten hadde en annen forståelse av avtalen enn han selv, se UNIDROIT principles art. 4.2 (1): «the statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention». Standarden tillegger den uaktsomme part risikoen for en eventuell meningsforskjell. Merk imidlertid at formuleringen i sin sammenheng omfatter bare ensidig dispositive utsagn.

(3) Lokale standarder

Lokale standarder er vanligvis karakterisert som objektive standarder, da den tar utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse spesielt for en avgrenset gruppe. I denne type kontrakter vil det gjerne være snakk om en bransjekrets. Kan partene i felleskap identifiseres med denne bransjen, ville det kanskje være mer naturlig å kalle den intersubjektiv, dvs. en slags mellomposisjon mellom de subjektive og den rent objektive standard. Standarden er formulert i UNIDROIT principles art. 4.1 (2) «... the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances»

(4) Den normale standard

Den normale standard er den rent objektive standard, der man søker løsningen som en «normal» utenforstående person med alminnelig språkbruk ville tilordne kontraktsdokumentet eller andre kontraktuelt relevante utsagn.

2.2.2 Prinsipper for valg av tolkningsstandard og den faktiske referanserammen

Det er liten grunn til å problematisere stedsbegrepet i kontrakter som er omtalt her, og jeg vil derfor fokusere på plassering av den faktiske referanserammen i tid. I forhold til oppgavens problemstilling om endringer ville det være naturlig at den faktiske referanserammen for tolkningen er knyttet opp mot selve endringstidspunktet. Imidlertid vil dette være en feilslutning. Grunnen til at det tidligere i oppgaven er sagt at det er klarlegging av kontraktsomfanget på endringstidspunktet som er vesentlig, er ikke at dette vil være det naturlige tidspunktet for analyse av partenes oppfatning, men snarere at eventuelle endringer i etterkant av kontraktsinngåelse også inngår i kontraktsytelsen på endringstidspunktet. Senere endringer er det imidlertid sjelden knyttet til som ikke har sitt opphav i den opprinnelige kontrakten. Det følger derav at den faktiske referanserammen for tolkning av kontraktens omfang i hvert fall ikke kan plasseres senere enn kontraktsinngåelse.

Det kan faktisk diskuteres hvorvidt at det i tilfeller der kontrakt inngås etter offentlig anbudskonkurranse bør vurderes plassering av den faktiske referanserammen på et tidligere tidspunkt. Avhengig av omfanget av rettelser, suppleringer og presiseringer i konkurransefasen, vil det naturlige subjektive utgangspunktet for klarlegging av kontraktsforpliktelsen være utlysningstidspunktet og tilbudsinnleveringstidspunktet for henholdsvis oppdragsgiver og tilbyder. Imidlertid vil konkurransegrunnlaget ofte «kna til» gjennom diverse avklaringer i konkurransefasen, som vil påvirke de enkelte aktørenes oppfatning av innholdet i kontrakten, og det er derfor først rundt tidspunktet for tilbudsfristen partene kan oppnå en endelig avklaring (fra et subjektivt ståsted) av kontraktens omfang. Først etter levering av tilbudene kan oppdragsgiver ha indikasjoner på

sammenhengen mellom deres tilbudsforespørsel og tilbyders tilbud. Det er derfor grunn til å holde på avtaletidspunktet som den faktiske referanserammen. Når det gjelder offentlige anskaffelser vil avtaletidspunktet sammenfalle med kontraktssignering, jfr. Anskaffelsesforskriften §§ 13-3 (1) og 22-3 (1).

Isolert sett vil spørsmålet om valg av tolkningsstandard normalt ha vært en etappevis siling av standardvarianter ut i fra en fastlagt prioritetsrekkefølge. Utgangspunktet for dette hierarkiet er at den subjektive felles standard skal som hovedregel legges til grunn hvis den er anvendelig. Argumentasjonen er at partene normalt har fri rådighet over egne disposisjoner, og hvis en slik felles forståelse kan påvises er en slik standard mest i overenstemmelse med partenes frie disposisjonsrett, og må således legges til grunn i rettsforholdet mellom dem. Imidlertid vil det normalt være få holdepunkter utover kontraktsteksten på hvordan en skal konstatere en felles partsforståelse på avtaletidspunktet. Dette har sin årsak i det absolutte forhandlingsforbudet frem til avtaleslutning, jfr. anskaffelsesforskriften §§ 12-1 og 22-1.

Om det ikke er grunnlag for å finne en felle partsforståelse, vil alminnelig avtaletolkningslære tilsi at god tro-standard trer inn, dvs. at risikoen for en meningsforskjell plasseres hos den ond-troende part slik at motpartens forståelse av kontrakten legges til grunn. Spørsmålet er da om en av partene forsto eller burde forstått at medkontrahenten hadde en annen forståelse av avtalen enn vedkommende selv hadde. Standarden bygger på alminnelige prinsipper om lojalitetsplikt i kontraktsforhold, og kan videre utledes fra avtalelovens §32 (1). Bestemmelsen gjelder ugyldige viljeserklæringer, men gir som sagt uttrykk for et generelt kontraktsrettslig prinsipp.

Imidlertid vil det når det gjelder kontrakter inngått etter offentlig anbudskonkurranse være vanskelig å legge en slik god tro-standard til grunn, først og fremst fordi det ikke foregår noen prekontraktuell dialog eller forhandling mellom parten, men også fordi anskaffelsesforskriften har oppdragsgiverne og ikke markedsaktørene som rettssubjekter. Den eneste god tro-standard vil derfor være de materielle krav som stilles til oppdragsgivers utforming av konkurransegrunnlaget⁶³. I Byggholtdommen (Rt. 2007 s. 1489) uttalte HR at det ikke er riktig «...å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment». Dette har sin bakgrunn i at en hver form for prekontraktuell dialog er risikabel i betydningen av at uansett hva tilbyderen gjør hvis det oppdages en mulig feil i konkurransegrunnlaget, vil medføre ufordelaktige konsekvenser som risiko for avvisning eller fare for tap av konkurransen. Tilsvarende vil gjelde for oppdragsgiver i evalueringsfasen, der mulige feil i tilbudet bare kan håndteres ved avvisning p.g.a. vesentlig forbehold eller uavhengig retting av tilbudet som kan medføre erstatningsansvar. Det kan derfor ikke være aktuelt å pålegge tilbyderen en kontroll- eller varslingsplikt i fasen for forberedelsen av deres tilbud⁶⁴.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved rekkevidden av NS 8401 punkt 4.2.1 (1) som statuerer at ytelser "...som knytter seg til oppdragsgiverens spesielle formål med prosjektet eller andre spesielle forhold av betydning for oppdraget, omfattes bare i den utstrekningden prosjekterende var eller burde ha vært klar over forholdene ved kontraktsinngåelsen." Etter sin ordlyd er dette en god tro-standard, og innenfor standardkontraktens ordinære virkeområde vil det også være naturlig la den ond-troende ha risikoen for eventuelle meningsforskjeller. Innenfor offentlige anskaffelser (og for

⁶³ Krüger (2010) s. 115

⁶⁴ Krüger (2010) s. 116

den del alle anskaffelser etter anbudskonkurranser), vil de hensyn som er nevnt ovenfor like sterkt gjøre seg gjeldende.

Rekkevidden av bestemmelsen når den er brukt for offentlige anskaffelser må bero på en tolkning av bestemmelsen, og tolkning av standardkontrakter har mye til felles med lovtolkning. Dvs. at partsspesifikke retningslinjer for tolkningsprosessen normalt må underordne seg en objektiv fortolkning av kontraktens ordlyd underlagt retts- og samfunnshensyn⁶⁵ som juridiske retningslinjer⁶⁶. I dette tilfellet må man legge vekt på hensynet til harmonisering med det kryssende rettsområdet, samt alminnelige samfunnsøkonomiske hensyn ift. å minske risikoen for potensielle tilbydere og dermed oppnå større konkurranse gjennom flere tilbydere. Jeg kan derfor ikke se at en tolkning av denne bestemmelsen i lys av dette anskaffelsesområdet gir rom for en alminnelig god tro-standard. Det kan heller karakteriseres som en god tro-standard opp mot praktiseringen av en objektiv tolkningsstandard.

Høyesteretts uttalelse i Rt. 2002 s. 1155 (på s. 1159) går i retning av at kontrakter i næring inngått mellom profesjonelle parter «... som utgangspunkt bør fortolkes objektivt». Selv om også den knesetter hovedregelen om partenes felles oppfatning, mener HR at hensynet til forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, «... åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive tilgjengelige elementer» og at slike hensyn vil ha betydning for hvilke beviskrav som kreves for å dokumentere en felles forståelse.

Den sannsynlige tolkningsstandarden for anvendelse på tolkning av konsulentkontrakter inngått etter offentlig anbudskonkurranse vil derfor være en lokal standard, dvs. en normal språklig forståelse spesiell for en bestemt bransje. Spørsmålet er hvor langt man kan trekke felles bransjetilhørighet. Oppdragsgiverne i innkjøp av konsulentkontrakter tilhører nødvendigvis bygge- og anleggsbransjen på lik linje med konsulentene. Denne bransjen har imidlertid en svært stor faglig spennvidde, og det er ikke gitt at en oppdragsgiver på et stort og komplisert prosjekt vil beherske alle varianter av «stammespråk» for de fagområdene som vil være representert i prosjektet. Imidlertid vil kontrakten i innkjøp etter anskaffelsesreglene vanligvis domineres av dokumentene i konkurransegrunnlaget, og disse utarbeides ensidig av oppdragsgiver.

Tilbudsbrevet fra tilbyderne vil sjelden gå inn i tekniske detaljer, da tilbyder lett kan «forglemme» seg over i vesentlige forbehold. Det er derfor grunn til å tro at en slik hovedregel om bransjetolkningsstandard vil være det naturlige utgangspunktet for tolkning av konsulentkontrakter inngått etter offentlige anskaffelsesregler. God tro-standard i NS 8401 punkt 4.2.1 (1) nevnt ovenfor vil derfor være knyttet til risikoen for forståelsen av en bransjestandard, og vil således ha liten selvstendig betydning. I den konkrete avveiningen vil resultatet antakeligvis bero på hvor godt oppdragets formål er kommunisert i konkurransegrunnlaget. En eventuell undersøkelsesplikt som ligger i aktsomhetsnormen må derfor være knyttet opp mot bransjens normale praksis eller kutyme, og ikke mot oppdragsgiverens partsspesifikke forutsetninger som forhandlingsforbudet setter grenser for. Av mangel på holdepunkter i bransjeforståelse vil man naturligvis falle ned på en naturlig språklig forståelse for et normalt forstandig menneske – Den normale standard.

⁶⁵ Huser s. 508

⁶⁶ Jeg forskutterer her anvendelsen av de retningslinjene som skal behandles i neste delkapittel

2.2.3 Retningslinjer for tolkningsprosessen

Ved tolkningstvil under den valgte tolkningsstandarden trenger man noen hjelpemiddel for å finne frem til det endelige tolkningsresultatet. Det er dette som kalles retningslinjer for tolkningsprosessen. Huser⁶⁷ har av fremstillingsmessige årsaker delt slike retningslinjer inn i språklige og juridiske retningslinjer, men det kan neppe stilles opp noe rettslig relevant skille mellom disse, og det er også en noe flytende overgang mellom kategoriene⁶⁸.

Det vil føre for langt å gå inn på alle typer språklige retningslinjer i denne oppgaven. Disse har i stor grad relevans uansett tolkningsobjekt. Jeg vil likevel ta for meg ett hensyn som ligger i grenselandet mellom språklige og juridiske retningslinjer. I konsulentkontrakter er det først og fremst hensynet til helhet og sammenheng i både tekst og dokumentpakken som helhet, samt hensynet til overenstemmelse mellom tilbud og konkurransegrunnlag. Forskriftens §11-3/§20-3 stiller krav om at avvik skal fremgå klart av tilbudet, være presist og entydig skrevet, samt beskrevet på en måte som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere avvikene uten kontakt med leverandør. Det er derfor naturlig at det ved et ellers klart og entydig konkurransegrunnlag vil være tilbydereren som har tolkningsrisikoen. Forskriften gir med andre ord motsetningsvis uttrykk for en presumsjon for at tilbudet stemmer overens med konkurransegrunnlaget.

Av juridiske retningslinjer har jeg allerede kort omtalt samfunnsøkonomiske hensyn og hensynet til sammenheng i kryssende rettsområder, men også andre retts- og samfunnshensyn vil etter omstendighetene gjøre seg gjeldende. Jeg vil videre ta for meg et par partsspesifikke hensyn. Hensynet til balanse mellom oppdragsgiverens og konsulentens hovedforpliktelse innebærer at etter omstendighetene vil det være en presumsjon for at omfanget av konsulentens realkydet skal samsvare med vederlagets størrelse. Dette kan begrunnes både i et formåls- og et rettferdighetshensyn, men siden dette dreier seg om kommersielle kontraktsforhold, først og fremst formålshensynet. Formålet med en hver kontrakt er normalt å oppnå en balanse mellom partenes hovedforpliktelser, dvs. mellom kontraktens realkydet og vederlaget. Man må derimot anta en tjeneste i et marked vil tilbys med et visst prisspenn, og det er derfor kun i tilfeller der det er rimelig klart at prisen ikke står i samsvar med ytelsen at denne retningslinjen er anvendbar.

BFJR-sak nr. 301 kan tjene som illustrasjon. Et firma hadde gitt tilbud på leveranse og montasje av dører i et flyterminalbygg. Spørsmålet var om tilbudet omfattet skyvedørsautomatikk. Enhetsprisen var satt til kr. 4 000 per dør, mens de reelle kostnadene for skyvedørsautomatikk var beregnet til kroner 29 000. Rådet kom til at byggherren burde ha forstått at de oppførte enhetsprisene ikke kunne være riktige, siden det her var tale om et stort misforhold mellom oppgitt pris og reell kostnad. Byggherren måtte derfor betale ekstra for skyvedørsautomatikken.

Taktisk prising kan imidlertid gjøre det vanskelig å benytte vederlagets størrelse som retningslinje for tolkningen. Dette innebærer at konsulenten bevisst setter prisen høyt på poster hvor han regner med at det vil skje en økning, mens derimot poster konsulenten regner med vil reduseres eller fullstendig faller bort, prisen lavt. Taktisk prising er imidlertid bare praktisk der man operer med enhetspriser. Enhetspriser er nok uvanlig i konsulentkontrakter hvis man ser bort fra timepriser, og spørsmålet vil helst settes på spissen der kontrakten skiller klart mellom ulike "mannskapskategorier", og vesentlige poster eller hele kontrakten skal honoreres etter medgått tid.

⁶⁷ Huser kap. 5.4

⁶⁸ Huser s. 87

Operasjonshensynet er bare delvis relevant i forhold til denne typer avtaler. Hensynet er formulert som at man ved tolkningen bør "tilstrebe et tolkningsresultat som fører til at avtalen som helhet – og helst hver klausul – blir operativ, dvs. får virkning mellom partene"⁶⁹. At avtalen som helhet må få virkning i forholdet mellom partene er selvsagt, og for komplekse avtaler gir dette hensynet i praksis ingen veiledning. Når det gjelder forholdet til hver enkelt klausul, har dessuten hensynet liten relevans. Konsulentkontrakter etter offentlige anbudskonkurranser er som påpekt innledningsvis i oppgaven vanligvis satt sammen av standardkontrakt og standardbeskrivelser, og selv i de tilfeller man benytter spesielle kontraktsbestemmelser eller kravspesifikasjoner er disse ofte standardiserte av og for oppdragsgiveren. Det er bare i de tilfeller man må tolke kontraktsbestemmelser eller ytelsesbeskrivelse som klart er utformet unikt for akkurat det oppdraget, at man kan tillegge dette hensynet særlig vekt.

2.2.4 Supplerende tolkningsregler

Bruk av de supplerende tolkningsreglene forutsetter at uenighet eller tvil ikke er fullstendig løst gjennom harmoniserende tolkning. Den praktisk viktigste av disse er uklarhetsregelen.

(1) Uklarhetsregelen

Uklarhetsregelen kan for enkelthets skyld formuleres som at *"en avtale bør i tvilstilfelle tolkes mot den av partene, som kan sies å ha størst ansvar for den uklarhet som har forårsaket tolkningstvilen"*⁷⁰. Det er videre antatt at klarhetskrav følger forutsetningsvis av forskriftens §§8-1 (1)/17-1 (1) om krav til utarbeidelse av konkurransegrunnlag⁷¹. EU-domstolen har videre utdypet klarhetskravet i premiss 42 i "SIAC"-dommen (C-19/00):

"More specifically, this means that the award criteria must be formulated, in the contract documents or the contract notice, in such a way as to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way."

Uttalelsen gjelder klarhetskrav til tildelingskriteriene og ikke kontraktsbestemmelsene i sin alminnelighet, men hovedformålet med kravet vil være å sikre like konkurransevilkår for alle potensielle tilbydere og dette hensynet gjør seg gjeldende for alle deler av kontrakten. Dette klarhetskravet ift. anskaffelsesreglene er også presisert av Høyesterett i "Byggholt"-dommen (Rt.2007 s. 1489) når det gjelder entrepriser. I premiss 62 uttaler HR at det vil vil "...være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges frem for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få en klar og presis prosjektbeskrivelse." Og dommen sier videre at det "...sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetning ikke blir oppnådd."

NS 8401 punkt 4.2.3 regulerer uklarhetsregelen for kontrakter som er inngått etter anbudskonkurranse i oppdragsgiverens disfavør direkte gjennom å si klart og entydig at oppdragsgiveren "...har risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget og for upresis angivelse av oppdragets innhold og omfang." Standardkontraktens balanserte natur tilsier videre at man bør innfortolke et tilsvarende ansvar for konsulenten når det gjelder uklarheter i selve tilbudet, selv om dette ikke er eksplisitt regulert i kontraktsbestemmelsene. Når det gjelder offentlige anskaffelser vil

⁶⁹ Huser s. 509 med videre referanser

⁷⁰ Huser s. 553

⁷¹ Krüger (2010) s. 125

konsulenten uansett ha risikoen for uklarheter knyttet til tilbudet etter anskaffelsesforskriftens §§ 11-3/20-3.

(2) Prioritetsregel ved intern motstrid

Intern motstrid innebærer at det er motstrid mellom bestemmelser i et kontraktsdokument eller en bestemmelses formulering er selvmotsigende. De alminnelige reglene om tidsprioritet (den omvendte tidsfølges prinsipp)⁷², forholdet mellom hoved- og bibestemmelser og spesielle bestemmelsers prioritet over generelle bestemmelser, samt tekstens prioritet foran overskriften må antas å gjelde like mye for tolkning av slike kontrakter som i andre tolkningssammenhenger.

(3) Prioritetsregel ved ekstern motstrid

Ekstern motstrid innebærer at en kontrakts enkeltvis dokumenter taler imot hverandre. I utgangspunktet er dette regulert i NS 8401 punkt 4.1 (2) der kontraktshierakiet som nevnt i første ledd gis prioritet i den rekkefølgen som fremgår av første ledd. Denne rekkefølgen gir i prinsippet uttrykk for en antatt tidsprioritet, men der selve avtaledokumentet alltid har første prioritet. Dette utgangspunktet moderes derimot av at det forutsetningsvis i anskaffelsesforskriftens § 11-3/§ 20-3 (Der det stilles krav om at "...avvik skal fremgå klart av tilbudet, og være presist og entydig beskrevet". Videre stilles det krav om at ved "...anbudskonkurranser skal avvik i tillegg være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør") foreligger en presumsjon for at tilbudet stemmer overens med konkurransegrunnlaget. Det er bare rimelig at en konsulent som stiller opp forbehold mot en viss forståelse av konkurransegrunnlaget uttrykker dette klart og konsist. Det er derfor konsulenten som har tolkningsrisikoen for at hans forbehold ikke uttrykkelig avviker fra konkurransegrunnlaget.

(4) Kort om «siste utvei»: Minimumsregelen

Minimumsregelen innebærer at "...man velger det tolkningsalternativ som er minst byrdefullt for den part hvis plikt til å yte det er tvil om utstrekningen av"⁷³. Dette er den mest subsidiære tolkningsregelen, og den er i prinsippet en siste utvei for å komme frem til et resultat i de tilfeller der man ikke har kommet frem til et entydig tolkningsresultat. Grovt sett kan man si den innebærer at man legger konsulentens syn til grunn for avgjørelsen av tvister knyttet til realytelsen og oppdragsgivers syn til grunn for tvister knyttet til vederlaget. Dette er imidlertid litt enkelt, da minimumsregelen bare kan anvendes på en eventuell rest av tvil som gjenstår etter tolkningsprosessen forøvrig er gjennomført. Det kan derfor etter omstendighetene bety f.eks. at ved en tvist om vederlag der 90 % av det omtvistede beløpet er klarlagt gjennom den forutgående tolkningsprosessen eller tolkningsreglene, er det bare de resterende 10 % av det omtvistede beløpet som tilfaller oppdragsgiver etter minimumsregelen.

2.2.5 Utfylling av avtalen

Det er vanlig å operere med to hovedkategorier av forhold som kan danne grunnlag for en utfylling av partenes avtale. Dene ene hovedkategorien er utfylling med forutsetninger og den andre er utfylling med relevant bakgrunnsrett. Det ville være unaturlig at når man som hovedregel legger til en objektiv tolkningsstandard, bl.a. pga. partenes svært begrensede mulighet til prekontraktuell dialog, velger å utfylle kontrakten med subjektive partsforutsetninger. Utover den rekkevidden NS 8401 punkt 4.2.1 (1) har som omtalt ovenfor i kap 2.2.2 (det vil si typeforutsetninger), vil utfylling

⁷² Tilsvarende lex posterior-prinsippet for lovtolkning

⁷³ Huser s. 568

med partsforutsetninger neppe være aktuelt for denne type kontrakter. Det må med andre ord legges til grunn en objektiv utfyllingsstandard.

Når det gjelder utfylling av kontrakten med bakgrunnsretten, er det svært vanskelig å trekke en klar grense mellom en slik prosess og anvendelsen av de juridiske retningslinjene i tolkningsprosessen. Det nærmeste man kan komme i denne sammenheng er å konstatere at hvis en slik anvendelse av juridiske retningslinjer uten konkrete holdepunkter i tolkningsdata (altså kontrakten), vil denne prosessen kvalifisere som utfylling av kontrakten. Det vil si at man utfyller et fullstendig avtaletomt rom i forhold til den aktuelle problemstillingen. Det er imidlertid vanskelig å forestille seg at dette er en særlig praktisk problemstilling, spesielt når man tar hensyn til hvordan de fleste konkurransegrunnlag i dag utformes, med standardkontrakter og mye bruk av standardiserte ytelsesbeskrivelser.

En antitetisk tolkning av NS 8401 punkt 4.2.1 (2) som sier at hvis oppdraget ikke skal "...omfatte ytelser som i bransjen sedvanlig knytter seg til den aktuelle typen oppdrag, skal dette fremgå av kontrakten", tilsier at sedvanlige ytelser for den aktuelle typen kontrakter *er* en del av kontrakten gjennom bakgrunnsretten, jfr. også konklusjonen i kap. 2.2.2. Når bestemmelsen i tillegg gir direkte uttrykk for at ikke-sedvanlige ytelser må konkretiseres i kontraktsdokumentene for å kunne være en del av kontrakten, er det i praksis svært lite (for ikke å si null) rom for utfylling av kontrakten, da under forutsetning av at prioritetsreglene ikke underminerer denne bestemmelsen. "Den aktuelle type oppdrag" vil normalt referere til en eller annen form for faglig avgrensning, men man kan også tenke seg prosjektets karakter, størrelse eller oppdragsvolum vil kunne ha betydning for en vurdering av hva virkeketten for sedvanlighetsbegrepet i det konkrete tilfellet er.

Sedvanlige ytelser kan tenkes å gi uttrykk for to alternativer normer⁷⁴. For det første kan det tenkes at begrepet gir uttrykk for at *vanlige* oppgaver i tilsvarende oppdrag omfattes. Begrunnelsen for et slikt synspunkt er at det er vanskelig å gi en uttømmende oppdragsbeskrivelse, og oppdragsgiveren derfor bør regne med å motta de ytelser som er vanlig. Hadde oppdragsgiverne vært en forbruker vil en slik norm være naturlig. I profesjonelle kontraktsforhold vil det imidlertid være mer naturlig å legge til grunn en norm som gir *kvalifisert uttrykk* for at oppgavene er vanlige. I et slikt tilfelle må man kunne kreve at det har dannet seg et festnet inntrykk i bransjen om at ytelsene vanligvis omfattes av et slikt oppdrag. Begrunnelsen for et slikt synspunkt er at det ville innebære en stor risiko for konsulenten hvis avtalen skulle utfylles med ytelser man vanskelig kan ta i betraktning når man gir tilbud i en anbudskonkurranse, og denne risikoen vil på ingen måte motsvares av en tilsvarende risiko for oppdragsgiver.

2.3 Oppdragsgivers medvirkningsplikt og endringer knyttet til «plunder og heft»

En del forhold knyttet til avvikling av et kontraktsforhold mellom byggherre og konsulent er vanskelig å beskrive med utgangspunkt i kontraktens ytelsesbeskrivelse, men er like fullt en uforutsett kostnad for konsulenten og kan dermed karakteriseres som en endring. Dette kan være endringer som er forårsaket av oppdragsgiverens manglende medvirkning⁷⁵, produktivitetskonsekvenser av summen av endringer, og andre forhold som oppdragsgiveren har risikoen for. Forsinkelser eller mangler i oppdragsgiverens underleverandører blir identifisert med oppdragsgiveren i så måte.

⁷⁴ Se tilsvarende hos Kvisler & Nyland s. 46

⁷⁵ eller til forhold utenfor noen av partenes kontroll, men slike forhold vil ikke behandles her

Hjemmelen for både krav om fristforlengelse og eventuelle krav om honorarjustering ligger i NS 8401 kap. 11. Kravet er at fristforlengelsen skal «... svare til den forsinkelsen av oppdraget som forholdet har medført», som er det samme kravet som gjelder for entrepriser (NS 8405 punkt 25). Fastsettelsen av den konkrete fristforlengelsen er derfor en årsaksvurdering. Det er viktig å påpeke at konsulenten har de samme krav til varsling som for irregulære endringsordrer, jfr. NS 8401 punkt 11.1.5. Imidlertid vil vurdering av normen «uten ugrunnet opphold» nødvendigvis være noe annerledes siden årsaksvurderingen skal knyttes opp mot f.eks. en kumulativ effekt av omfanget av endringer i oppdraget, og dette vil normalt vise seg til dels betydelig i etterkant av de opprinnelige endringene. Leverandøren har en plikt til å søke å «... forebygge og begrense skadevirkningene av de fristforlengende forholdene», jfr. Punkt 11.1.3, og har bevisbyrden i forhold til påståtte produktivitetstap.

3 Adgangen til endring i inngåtte konsulentkontrakter under regelverket for offentlige anskaffelser.

3.1 Introduksjon

Som nevnt innledningsvis i oppgaven gjelder i utgangspunktet reglene om offentlige anskaffelser bare frem til kontrakt er inngått, og deretter tar kontraktsrettslige regler over. Regelverket behandler derfor i svært liten grad adgangen for partene til å fremforhandle endringer i slike kontrakter, men forskriften setter en grense knyttet til «vesentlige endringer» for adgangen til endringer i visse andre problemstillinger som regulerer forholdene etter tilbudsfristens utløp. Det følger av henholdsvis § 14-3 (1) a) og § 14-4 a og b at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring når tilbudene i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte eller uakseptable i henhold til kvalifikasjonskrav mv., eller dersom det i en forutgående anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller tilbudene som foreligger er uegnet eller ukorrekte. Forutsetningen er imidlertid at det ikke foretas «*vesentlige endringer*» i de opprinnelige kontraktsvilkårene.

Et slikt vesentlighetskrav kan man også utlede på generelt grunnlag av avgjørelser i EU-domstolen. Som nevnt tidligere er denne praksisen til dels foreslått kodifisert i det kommende nye anskaffelsesdirektivet. Vesentlighetskravet knytter seg imidlertid først og fremst til endringer uten grunnlag i kontraktens bestemmelser. Når det gjelder skrankene for kontraktsregulering av endringsbestemmelser vil man falle tilbake på en vurdering av hvorvidt slike kontraktsbestemmelser er i strid med grunnprinsippene for offentlige anskaffelser, slik de f.eks. er formulert i Lov om offentlige anskaffelser § 5. Er kontraktsbestemmelsen i strid med disse grunnprinsippene, vil endringer i medhold av slike endringsklausuler lett kunne anses for vesentlige.

I den videre behandlingen av skrankene for å gjøre endringer i inngåtte kontrakter etter anskaffelsesregelverket, er det derfor naturlig å skille mellom de krav som stilles opp til kontraktsbestemmelser om endring i kontrakten, og de krav som begrenser adgangen til å endre kontrakten uten grunnlag i kontrakten. Det grunnleggende hensynet bak forbudet mot å foreta vesentlige endringer vil uansett være kravet til gjennomsiktighet, som bunner i grunnprinsippet om

likebehandling. Likebehandlingsprinsippet medfører at konkurransens spilleregler må være kjent for, og få lik anvendelse overfor, alle potensielle tilbydere⁷⁶.

3.2 Krav til kontraktbestemmelser om endring

3.2.1 Generelt

Av de to standardkontraktene som er aktuelle ved kjøp av konsulenttjenester er det bare NS 8401 som har kontraktbestemmelser om endringer⁷⁷, men det er selvsagt ingenting i veien for at NS 8402 kan suppleres med egnede kontraktbestemmelser om endringer hvis byggherren har slike behov. I det følgende vil jeg imidlertid konsentrere meg om endringsbestemmelsene i NS 8401. Det følger av punkt 10.1 (2) at «[a]t endringen må ligge innenfor den prosjekterendes fagområde...» og «... stå i sammenheng med det kontrakten omfatter...». I tillegg kan kontrakten inneholde individuelt utformede endringsbestemmelser. Adgangen til endringer er derfor delvis regulert av kontrakten selv.

Etter anskaffelsesforskriftens § 8-1 d) og § 17-1 (2) g) skal konkurransegrunnlaget inneholde «... hvilke alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget...». Kontraktens endringsbestemmelser er dermed kommunisert til alle potensielle tilbydere i selve utlysningen. Selv om den endrede kontrakten ikke er gjenstand for konkurranse vil det likevel være mindre grunn til å anta at en endring vil åpne for markedsrespons fra andre enn de som opprinnelig konkurrerte om anskaffelsen⁷⁸. Utgangspunktet må derfor være at endringer i kontrakten i samsvar med kontraktens endringsbestemmelser normalt ikke vil anses som en vesentlig endring som medfører krav om ny konkurranse.

Det må imidlertid påpekes at anskaffelsesregelverket ikke kan omgås ved å kontraktsfeste en svært generell og vidtgående endringsadgang. Anskaffelsesforskriften setter en begrensning på 50 % av opprinnelig kontraktsverdi når det gjelder tilleggsarbeider på visse vilkår⁷⁹, og alle endringsarbeider må også inngås innenfor denne kostnadsrammen⁸⁰. Spørsmålet blir derfor hvor store endringer kan man gjøre i medhold av kontraktsfestede endringsbestemmelser uten at endringen vil anses som vesentlig.

3.2.2 Krav om at endringen må ligge innenfor kontraktens endringsregime

Det første kravet som kan stilles opp er at kontraktbestemmelsene skal åpne for den konkrete endringen. Standardkontrakten stiller som nevnt opp et vilkår om at endringen skal stå i sammenheng med det kontrakten omfatter. Dette vilkåret har en parallell bestemmelse i NS 8405 punkt 20.1 (2) for entreprisekontrakter. Barbo uttaler (i omtale av den tilsvarende bestemmelse i NS 3430) at det synes «... naturlig å se dette i sammenheng med et mer generelt synspunkt om at kontraktens *objekt og formål* danner en saklig ramme for byggherrens rett til å pålegge endringer.»⁸¹

⁷⁶ Goller & Kreyberg avsnitt 1

⁷⁷ NS 8401 kap. 10

⁷⁸ Aasbrenn s. 26

⁷⁹ Se nedenfor i punkt 3.3.3

⁸⁰ Dragsten & Lindalen s. 739

⁸¹ Barbo s. 67

Han stiller videre opp to skranker for byggherrens endringskompetanse i tilknytning til dette. Disse er en geografisk begrensning og det andre er en avgrensning til kontraktens byggeobjekt⁸².

Det er lite som taler for at det skal stille seg annerledes for konsulentttjenester, selv om det særlig i forhold til den fremtidige plasseringen av objektet for konsulentkontrakten kan argumenteres for at det der kontrakten ikke oppgir noen bestemt geografisk plassering er det heller ingen slik skranke. Det er imidlertid vanligvis lite praktisk å utlyse konsulentttjenester uten å opplyse om plasseringen av det bygge- eller anleggsprosjekt som tjenesten dreier seg om. Med andre ord gir kontraktens bestemmelser liten mulighet til å endre prosjektets plassering eller gjenstand der dette er oppgitt i forbindelse med utlysning av en konsulentkontrakt. Mer generelt for konsulentkontrakter må man kunne si at i den grad formålet med rådgivningen endres, vil dette være utenfor kontraktens endringsregime.

Videre er det i NS 8401 punkt 10.3, som omtaler konsulentens rett til å utføre endringer, lagt til et supplerende vilkår om endringen «... ikke er av vesentlig annen art...». Dette er identisk med det supplerende vilkåret for byggherres endringskompetanse i NS 8405. Selv om ordlyden i disse kontraktsstandardene gir holdepunkter for at oppdragsgiverens endringskompetanse i konsulentkontrakter er noe mer begrenset enn i entreprisekontraktene, vil dette neppe ha betydning for denne vurderingen. Det kumulative vilkåret om at endringsarbeidet skal ligge innenfor konsulentens fagområde kan imidlertid tolkes videre enn avgrensningen mot arbeid av vesentlig annen art, da det i teorien har vært antatt at sistnevnte begrensning etter omstendighetene også innebærer en avgrensning mot arbeid som avviker fra det som entreprenøren vanligvis utfører⁸³. Den entrepriserettslige begrensningen mot arbeid av vesentlig annen art bør nok legges til grunn som avgrensning av konsulentkontraktenes endringsregime også.

3.2.3 Krav til endringsbestemmelsens klarhet og presisjon

Etter anskaffelseslovens § 5 (3) skal oppdragsgiveren sikre at «... hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.» Disse grunnleggende prinsippene medfører at kontraktens endringsbestemmelser til en viss grad må være kvalifiserte i form av å tilstrekkelig klart og presist angi både hvilke endringer som kan foretas og vilkårene for at dette kan skje. Ved bruk av en standardkontrakt som er mye brukt i bransjen, må man kunne si at potensielle tilbydere har gode forutsetninger for tolke innholdet i kontraktsbestemmelsene noenlunde likt.

En vurdering av endringsbestemmelsens klarhet og presisjon vil derfor i praksis være en tilsvarende vurdering av beskrivelsen av kontraktens realytelse, jfr. punktet over (endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter). I konsulentkontrakter kan en klar og presis beskrivelse av kontraktens realytelse være utfordrende, men det må kunne stilles et minstekrav til at formålet med kontraktens realytelse er tilstrekkelig klart og presist formulert. Således vil normalt de fleste konsulenter innenfor samme bransje ha forutsetninger for å vurdere hva slags tjenester kontrakten omfatter, og i forlengelsen av dette også hvilke endringer som kan foretas innen for rammen av en inngått kontrakt.

⁸² En slik situasjon ble behandlet i KOFA-sak 2008/5, der utbygging/ombygging ble endret til bare nybygg et annet sted

⁸³ Barbo s. 68

3.2.4 Krav til endringsbestemmelsens objektivitet

Anskaffelseslovens § 5 (1) pålegger også oppdragsgiver å «...sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører». Dette likebehandlingskravet fordrer formell og reell likebehandling av alle potensielle tilbydere, noe som tilsier at anvendelsen av og konsekvensen av endringsbestemmelsen kan konstateres objektivt og uten forhandlinger⁸⁴. Endringsreglene i omforente standardkontrakter innenfor bygge- og anleggsbransjen gir bare oppdragsgiveren rett til å ensidig pålegge endringer, og som utgangspunkt vil derfor anvendelsen av slike endringsbestemmelser ikke være i strid med objektivitetskravet.

Imidlertid er endringsordresystemet bygd opp på en måte som har mange likhetstrekk med en «forhandlingsprosedyre». Svært mange endringsordrer er såkalte irregulære endringsordrer, dvs. at det dreier seg om pålegg fra oppdragsgiver som ikke følger formkravene i NS 8401 punkt 10.1 (3). Slike irregulære endringsordrer tvinger formkravet over på leverandøren, ved at han mister retten til å påberope seg endringen (punkt 10.2 (3)) og dermed også honorarjustering. Oppdragsgiveren må da uten ugrunnet opphold ta stilling til kravet (punkt 10.2 (5)). En ikke uvanlig fremgangsmåte er da at oppdragsgiver avviser kravet, men likevel pålegger konsulenten å utføre jobben etter punkt 10.2 (6). Avgjørelsen av denne uløste kontraktstvisten kan man si i oppfølgingen er gjenstand for «forhandlinger».

Det har imidlertid i juridisk teori vært lagt til grunn at anskaffelsesregelverket ikke er til hinder for at kontraktspartene samarbeider tett og på den ene eller annen måte i noe grad utvikler kontraktsforpliktelsen underveis. Et vilkår er da at det foreligger et saklig behov for slik kontraktsdynamikk⁸⁵. I tilfellet beskrevet ovenfor vil det saklige behovet kunne karakteriseres som en nødvendighet om å sikre prosjektfremdrift på tross av uenighet om omfanget av den opprinnelige kontraktsytelsen underveis. Antakeligvis skal det derfor på bakgrunn av det overnevnte mye til før endringsbestemmelser i omforente standardkontrakter ikke tilfredsstiller kravet til objektivitet.

3.3 Vesentlighetskravet

3.3.1 Generelt

Som vi har sett er det det relativt romslig adgang til å foreta endringer i inngåtte kontrakter underlagt anskaffelsesreglene såfremt konkurransegrunnlaget kommuniserer endringsbestemmelser i kontrakten og endringene ligger innenfor den absolutte grensen på 50 % økning i kontraktsverdien. Dette gjelder spesielt i de tilfeller der man bruker gjensidige og balanserte standardkontrakter som er alminnelig benyttet i bransjen. I de tilfeller man f.eks. benytter NS 8402 vil kontrakten i utgangspunktet ikke inneholde endringsbestemmelser (hvis da ikke kontrakten er supplert med slike særlige kontraktsbestemmelser), og da vil spørsmålet om adgangen til gjøre endringer i inngått kontrakt være noe annerledes. Det mest problematiske spørsmålet er adgangen til å gjøre endringer i kontraktsytelsens karakter eller art, også kalt kvalitative endringer.

3.3.2 Grensen for kvalitative endringer i opprinnelig kontrakt

Holdepunkter for dagens rettstilstand når det gjelder adgangen til å foreta kvalitative endringer i inngåtte kontrakter foretatt som offentlig anskaffelse kan først og fremst hentes fra EU-domstolens praksis. Domstolen har i noen få saker behandlet dette spørsmålet, og har særlig i «Presstext»-

⁸⁴ Dragsten & Lindalen s. 377

⁸⁵ Aasbrenn s. 33 med videre henvisninger

avgjørelsen⁸⁶ og i noen grad «Matra»-avgjørelsen⁸⁷ satt noen rammer for hvordan nasjonale domstoler bør behandle dette spørsmålet.

«Pressetext»-saken gjaldt spørsmål knyttet til om det var foretatt ulovlige endringer i en tidsbestemt kontrakt om pressebyråtenester inngått mellom Østerrike og et pressebyrå før landet ble medlem av EU. Pressebyrået etablerte senere et heleid datterselskap og overførte driften til dette. Overføringen ble godkjent av oppdragsgiver. Morselskapet skulle være solidarisk ansvarlig for utførelsen, og det skjedde ingen endring i den tjenesten som skulle utføres i henhold til kontrakten. Den opprinnelige avtalens prismekanismer ble endret da den østerrikske valutaen ble konvertert til euro, i tillegg til at partene avtalte å øke en prisrabatt fra 15 til 25 %. Videre forlenget partene et avtalt avkall på retten til å si opp avtalen med tre år. Det konkurrerende pressebyrået presstext Nachrichtenagentur anla deretter søksmål, og på denne bakgrunn ba den østerrikske domstolen EU-domstolen om å avsi en prejudisiell avgjørelse om hvilke omstendigheter som medfører at endringer av en eksisterende kontrakt utgjør en ny kontrakt.

Domstolen uttaler i premiss 34 at

«Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er *afgørende forskellige* fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer...» (min utheving).

Det er videre henvist til «Matra»-avgjørelsen. Plikten til å gjennomføre en ny anskaffelse trer altså i kraft hvis partene har avtalt en vesentlig endring i kontraktsvilkårene og som viser at det var partenes vilje til å reforhandle grunnleggende elementer i kontrakten. Domstolens henvisning til «partenes vilje» kan neppe tas på ordet som et vilkår, da spesielt tatt i betraktning av at denne generelle uttalelsen blir videre presisert i premiss 35, der det uttales at en endring i en offentlig avtale kan betraktes som vesentlig dersom det innføres kontraktsbestemmelser som – dersom de de hadde vært en del av den gjennomførte konkurransen – hadde gjort det mulig (eller attraktivt) for andre potensielle tilbydere å delta. Denne situasjonen må man kunne tenke seg vil kunne oppstå uavhengig av om det er partenes intensjon å reforhandle grunnleggende elementer i kontrakten.

Domstolen setter i det følgende opp ytterligere tre momenter som kan ha betydning i forhold til om endringen skal betraktes som vesentlig. Disse innebærer at vesentlige endringer vil kunne foreligge dersom det innføres bestemmelser som for det første hadde gjort det mulig å akseptere et annet tilbud, for det andre i betydelig grad utvider avtalens omfang til f.eks. å omfatte andre ytelser enn den opprinnelige avtalen, eller for det tredje endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for leverandøren på en måte som ikke var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Alle disse fire momentene er foreslått kodifisert i artikkel 72 i EU-kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv.

KOFA har i stor grad fulgt denne normen for vesentlighetsvurderingen, bl.a. i den tidligere nevnte avgjørelsen i KOFA-sak 2008/5, der nemda kom til at det var gjort vesentlige endringer i bygge- og anleggskontrakt. Nemda la særlig vekt på at den geografiske plasseringen av bygget ble endret, samt at oppdragets omfang var betydelig redusert (premiss 56 – 57). I KOFA-sak 2008/217 der en

⁸⁶ Sak C-454/06

⁸⁷ Sak C-337/98

kommune etter konkurranse med forhandling for en totalentreprise for byggig av en barnehage utarbeidet et eget skisseprosjekt etter tilbudsfristen var ute. Skisseprosjektet medførte ganske marginale endringer (ca 2 m² reduksjon i bruksareal) og medførte ingen endringer i pris. Nemda uttalte at det "... må antas å ha formodningen mot seg at innklagede ville betalt det samme for anskaffelsen om denne var vesentlig redusert" (premiss 75), og kom etter en helhetsvurdering frem til at det ikke hadde vært gjort en vesentlig endring av kontrakten. I avgjørelsen vises det bl.a. til det første av de momentene som er nevnt ovenfor fra "presstext"-dommen i den konkrete vurderingen.

Vurderingen av "Presstext"-dommen er at domstolen legger til grunn at det konkrete konkurransegrunnlaget og den inngåtte avtalen vil være avgjørende for vurderingen av hva som er en vesentlig endring i hvert konkret kontraktsforhold⁸⁸. Dette innebærer at den konkrete vurderingen vil måtte bli en avveining av de hensyn som går frem av momentene domstolen har trukket frem, opp i mot hensynet til oppdragsgiverens økonomi og fleksibilitet. I et tilfelle der andre potensielle tilbyderes muligheter bare helt marginalt ville kunne vært bedret etter den gjeldende endringen, og kostnaden av å avholde en ny konkurranse er stor sammenlignet med en eventuell teoretisk markedsmessig gevinst av å avholde en ny konkurranse, er det grunn til å tro at terskelen for at det foreligger en vesentlig endring er høy. Forutsetningen er selvsagt at endringen ikke med rimelighet kunne forutsees av oppdragsgiveren. Man må ikke glemme at hensynet bak kravet om anbudskonkurranse for alle offentlige innkjøp i første rekke er ressurseffektivitetshensynet. I forslaget til nytt anskaffelsesdirektiv er det i forslagets artikkel 72 (4) tatt med en "bunnlinje" på 5 % for vesentlighetskravet, der endringen kan uttrykkes i penger og den ikke endrer kontraktens natur.

Det må dessuten etter omstendighetene skilles mellom enkle og komplekse kontrakter, der det kan tenkes at det for sistnevnte kategori vil være vanskelig for oppdragsgiver å forutse den fremtidige kontraktsdynamikken. I slike tilfeller burde kanskje terskelen for at det foreligger en vesentlig endring være høyere enn for enklere kontraktsforhold⁸⁹. I tillegg kan det anføres at det for slike komplekse kontrakter er større grunn for potensielle tilbydere å påregne senere endringer. Dette synspunktet hevdet også KOFA i sak 2005/68 (premiss 32): "I en kontakt av denne typen er det påregnelig for leverandørene at det vil skje endringer av spesifikasjonene." Saken gjaldt en konkurranse med forhandling om etablering av et OPS for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et utbyggingsprosjekt. Under forhandlingene ble det foretatt noen endringer i spesifikasjonene fra konkurransegrunnlaget, noe som resulterte i at tilbudsprisen ble redusert fra kr. 103 mill. ved tilbudsåpning til kr. 69 mill. ved kontraktstildeling. KOFA kom under en viss tvil til at endringene ikke var så vesentlige at det var tale om en ny kontrakt.

3.3.3 Grensen for kvantitative endringer – unntaket for tilleggstenester

Ikke alle tilleggstenester er ulovlige. Forskriften har noen praktiske unntak i § 2-1 (2) d) for uforutsette omstendigheter⁹⁰, og i § 14-4⁹¹ j) og k) for henholdsvis tilleggstenester/tilleggsarbeid og for nye arbeidere i tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som er en gjentakelse av lignende arbeid som kontraktens realytelse slik den går frem av konkurransegrunnlaget. Sistnevnte regel gjelder opsjoner, der det er et krav om at muligheten skal beskrives i konkurransegrunnlaget og totalt volum inkludert opsjoner skal være grunnlaget for beregning av terskelverdi. Begrepet

⁸⁸ Goller & Kreyberg avsnitt 2.1

⁸⁹ Goller & Kreyberg avsnitt 3.5

⁹⁰ Gjelder under EØS-terskelverdiene

⁹¹ Gjelder over EØS-terskelverdiene

”konkurranse med forhandling” i § 14-4 viser til den innledende konkurransen og forhandlingen knyttes til endringen, ettersom et av vilkårene for å benytte bestemmelsen er at tilleggstjenesten ”tildeles samme leverandør”.

Tilknytningskravet til den opprinnelige kontrakt er svært strengt. Etter § 14-4 j) nr. 4 stilles det krav om at «... tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakt, likevel er strengt nødvendig for fullføring av denne». § 2-1 (2) d) inneholder ikke noe tilsvarende krav, men det er ingen grunner til at tilknytningskravet skal være noe mindre for slike små kontrakter. Dette er også lagt til grunn av KOFA i sak 2009/232, der nemda i premiss 24 uttalte at tillegg i kontrakter under terskelverdiene må tolkes med samme begrensning som den tilsvarende plikten for kontrakter over terskelverdiene.

I tiden før EU-direktiv 2004/18 artikkel 31 som nå er nedfelt i § 14-4, la EU-domstolen betydelig vekt på beskrivelsen av anskaffelsen i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget som utgangspunkt for en vurdering av om tilleggsarbeidet gikk utover kontraktens rammer, se avgjørelsen i C-423/07 (premiss 74). Nå er dette kravet altså presisert i bestemmelsen. At det ikke skal være teknisk eller økonomisk mulig å skille tillegget fra den opprinnelige kontrakt er alternative vilkår, og i praksis vil det være muligheten for å økonomisk skille tjenestene som vil være avgjørende. Årsaken til at en oppdragsgiver bestiller tilleggstjenester fra en konsulent han allerede har et kontraktsforhold til er jo vanligvis at det vil være rimeligere og mindre ressurskrevende enn å gå til en ny anskaffelse. Det kan imidlertid ikke være tilstrekkelig å legge til grunn kun et krav om at oppdragsgiver sparer tid eller penger. Besparelsen bør være så stor at det vil virke urimelig å måtte gjennomføre en ny anskaffelse. Omstendighetene knyttet til prosjektet ellers vil selvsagt ha betydning, spesielt der tilleggstjenesten har betydning for tidspunktet den opprinnelige ytelsen kan nyttiggjøres oppdragsgiveren, og dette tidspunktet har stor betydning for han.

Og hvis tilleggstjenesten faktisk er mulig å skille teknisk eller økonomisk fra den opprinnelige ytelsen, må tilleggsytelsen være strengt nødvendig for fullføringen av den opprinnelige kontrakten. Implisitt betyr det at det ikke er tilstrekkelig at tilleggsytelsen er nødvendig for å komplettere den opprinnelige ytelsen, men at den er nødvendig for selve funksjonaliteten eller anvendbarheten av den opprinnelige tjenesten.

§14-4 j) nr. 3 stiller videre krav om at den samlede verdi av kontrakter som inngås om tilleggstjenester ikke kan overstige 50 % av verdien på den opprinnelige kontrakt. Et slikt krav er det ikke i forhold til anskaffelser under terskelverdien, og kan neppe innfortolkes i § 2-1⁹². Det kan imidlertid stilles spørsmål til hvorvidt tillegg som fører en slik kontrakt vesentlig over terskelverdien kan aksepteres, men som utgangspunkt er det aktsomhetsvurderingen av oppdragsgiveren som må være avgjørende. Kravet er at tilleggstjenesten må være knyttet til forhold som ikke var mulig å forutse for oppdragsgiveren. Det samme vilkåret gjelder både over og under terskelverdi. Det er en objektiv vurdering med utgangspunkt i hva en normalt påpasselig oppdragsgiver ville forutsett⁹³. I dette ligger det at hvis endringsbehovet skyldes dårlig planlegging, vil ikke vilkåret være oppfylt. Det

⁹² Aasbrenn s. 53 - 54

⁹³ Aasbrenn s. 53

må videre foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette forholdene og behovet for tilleggstjenesten. Oppdragsgiveren har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt⁹⁴.

3.3.4 Grensen for endringer i fremdrift

Hvis forsering eller forlengelse av en kontrakt gjøres i medhold av en fremdriftsreguleringsklausul⁹⁵ vil den være tillatt så lenge kontrakten samlet sett ikke får en varighet som er i strid med anskaffelsesreglene. Det vil normalt si en begrensning til 4 år (som er den ytre rammen for bruk av rammeavtaler etter §§ 6-1 (4)/15-1 (4)), men hvis kontrakten krever vesentlige grunnlagsinvesteringer for leverandørens del, har KOFA lagt til grunn at kontraktsperioden på løpende kontrakter kan være vesentlig lenger⁹⁶.

Spørsmålet er om enhver forlengelse utover det som er hjemlet i kontrakten vil være en vesentlig endring. I anskaffelsesforskriften § 14-4 (1) f) som gjelder tillegg i vareleveranser er dette regulert til at varigheten «... for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen må normalt ikke overstige tre år». Dette tyder på forbudet ikke er absolutt, men at det under visse omstendigheter kan være mulig. Som hovedregel vil adgangen til slike endringer i fremdriften som ikke er hjemlet i kontrakten være avskåret⁹⁷. Problemstillingen er nok mest praktisk i forhold til eventuelle forestående mislighold i kontraktsperioden, noe som blir behandlet kort i neste delkapittel.

3.3.5 Særlig om misligholdssituasjoner

Det kan tenkes kontraktstilfeller der f.eks. dagmulftsbestemmelser er så strenge at leverandøren ved leveringssvikt vil foretrekke å si opp kontrakten fremfor å betale dagbøter over lengre tidsrom (dette blir en avveining mellom erstatningskostnaden ved kontraktsbrudd og akkumulerte dagbøter). Eventuelt kan det være forhold på oppdragsgiversiden som tilsier at en forsinket levering fra konsulenten er fordelaktig. I slike tilfeller kan man tenke seg at oppdragsgiver både kan gi fristforlengelse og avkall på dagmulkt. Spørsmålet er om dette vil rammes av læren om vesentlige endringer.

Problemstillingen er foreslått regulert slik av EU-kommisjonen i artikkel 72 (7) i det nye anskaffelsesdirektivet:

«7. Contracting authorities shall not have recourse to modifications of the contract in the following cases:

- (a) where the modification would aim at remedying deficiencies in the performance of the contractor or the consequences, which can be remedied through the enforcement of contractual obligations;
- (b) where the modification would aim at compensating risks of price increases that have been hedged by the contractor.»

Etter ordlyden kan det altså ikke foretas endringer der kontraktens misligholdsbestemmelser er tilstrekkelige til å avhjelpe misligholdet eller følgene av dette. I de tilfellene der bruk av misligholdsbeføyelser ikke løser problemet, f.eks. der man risikerer kontraktsbrudd og å måtte starte

⁹⁴ Dragsten & Lindalen s. 738

⁹⁵ Denne må selvsagt tilfredsstille de krav som er behandlet i kap. 3.2 ovenfor

⁹⁶ I KOFA-sak 2010/23 som gjaldt en tjenestekontrakt for drift av ambulansebåter, ble ikke 10 års varighet ansett å være for langvarig

⁹⁷ Goller & Kreyberg avsnitt 3.2

prosessen med en ny anskaffelse, vil denne reguleringen ikke løse problemet. Goller & Kreyberg antar at partene må ha noe større fleksibilitet enn i en alminnelig forhandlingssituasjon, særlig hvis det er usikkerhet knyttet til hvilken part som er ansvarlig for misforholdet⁹⁸. Betydningen av de forholdene det er aktuelt å gjøre endringer i ved kontraktstildelingen vil ha stor betydning for vurderingen.

⁹⁸ Goller & Kreyberg avsnitt 3.7

Litteraturliste

- Aasbrenn: Gjermunn Aasbrenn: *Offentlige anskaffelser – Hvilke endringer kan vi gjøre i inngåtte kontrakter?* Upublisert mastergradsoppgave UiO, 2011
- Barbo: Jan Einar Barbo: *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*. Oslo, 1997
- Dragsten & Lindalen: Marianne H. Dragsten / Esther Lindalen: *Offentlige anskaffelser. Kommentarutgave*. Oslo, 2005
- Eckhoff: Torstein Eckhoff / Jan E. Helgesen: *Rettskildelære*. 4. Utgave. Oslo, 1997
- Goller & Kreyberg: Morten Goller / Karoline S. Kreyberg: *Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser*. I «Tidsskrift for forretningsjus» (2012) nr. 1 (i skrivende stund ikke paginert, www.rettsdata.no [sitert 30.05.2012])
- Huser: Kristian Huser: *Avtaletolkning*. Bergen, Oslo, Stavanger, Tromsø, 1983
- Krüger (1991): Kai Krüger: *Norsk Kontraktsrett*. 2. opplag. Bergen, 1991
- Krüger (1997): Kai Krüger (red.): *Uttalelser i byggesaker 1987 – 96 2. samling*. Oslo, 1997
- Krüger (2010): Kai Krüger: *Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbudskonkurranse*. I «Jan Einar Barbo, Lasse Simonsen (red.): På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett». Oslo, 2010
- Kvisler & Nyland: Steffen Vestli Kvisler / Lars Ivar Nyland: *NS 8401 – Det formelle endringsbegrepets indre og ytre grense, samt virkninger av formelle endringer*. Upublisert studentavhandling UiO, 2003
- Urbye: Hans Jakob Urbye: *Kommentar til NS 8401 og NS 8402*. Oslo 2002